DELLO STESSO AUTORE:

L' AZIONE DI DOLO (Diritto romano e vigente) L. 10,00

Comm. B-66

A. 14535

FILIPPO PALUMBO

L'ACTIO PAULIANA

NEL DIRITTO ROMANO
E NEL DIRITTO VIGENTE

ISTITUTO GIURIDICO
Università di Modena
Invent.° N.° 20122

NAPOLI
ALBERTO MORANO - EDITORE
1935 - XIII

PROPRIETÀ LETTERARIA
della Soc. An. ALBERTO MORANO - Napoli

PREFAZIONE

Le fonti ci hanno tramandato il nome del Pretore, che nel suo editto istituì l'azione revocatoria, la quale prese il nome da lui, secondo la tradizione, finora non smentita.

Ancor oggi dagli antichi frammenti l' insegnamento luminoso di Roma, madre delle genti, rischiara e vivifica il cammino delle legislazioni moderne.

Nel nostro Codice, come in altri, poche linee dettano i principii dell'azione, non definita nella sua indole e nei suoi effetti, e discussioni e dispareri, nonostante la vasta letteratura sull'argomento, romanistica e moderna, dividono il campo nella teoria e nella prassi.

Il diritto è espressione necessaria della vita sociale e accompagna il progredire degli uomini e delle istituzioni: riassumere ed esaminare quindi lo stato della dottrina e della giurisprudenza in un campo di rilevante importanza, ancora controverso, mi è sembrato di qualche utilità.

Gennaio 1935 - XIII.

F. P.

PARTE I.

CAPITOLO I.

Actio e interdictum nel diritto classico

CAPITOLO II.

Azioni di simulazione, Calvisiana, Fabiana e Legge Aelia Sentia

CAPITOLO III.

L'azione pauliana nel diritto giustinianeo

CAPITOLO IV.

Fondamento e natura dell'azione

CAPITOLO V.

Estremi: consilium e scientia fraudis, eventus damni

CAPITOLO VI.

L'azione utile scientiae mentione detracta

CAPITOLO VII.

Ragione creditoria

CAPITOLO VIII.

Atti revocabili

CAPITOLO IX.

Effetti dell'azione

CAPITOLO XVI.

Effetti dell'azione

CAPITOLO XVII.

Revoca e trascrizione

CAPITOLO XVIII.

Lineamenti processuali dell'azione

CAPITOLO XIX.

Opposizione pauliana

CAPITOLO XX.

L'azione pauliana nel fallimento

PARTE PRIMA

DIRITTO ROMANO

Le altre disposizioni riguardanti il periodo sospetto, che varia secondo le categorie degli atti revocabili, sono scisse in vari articoli con innovazioni e soluzione delle questioni di maggior rilievo.

L'art. 767 assoggetta alla revoca, ma subordinatamente alla prova da parte del curatore, che l'altra parte conosceva o doveva conoscere lo stato d' insolvenza:

1.° - Gli atti a titolo oneroso, salvo quanto è disposto nell'art. 770 (che concerne i pagamenti per debiti scaduti) e la costituzione di pegni o ipoteche per debiti contestualmente creati, se compiuti nell'anno antecedente la dichiarazione di fallimento;

2.° - La estinzione di debiti pecuniari scaduti ed esigibili, non effettuata con denaro o con assegni bancari o titoli equivalenti (se i pagamenti in modo non normale sono avvenuti nel biennio anteriore alla stessa data);

3.° - I pegni e le ipoteche convenzionali a garanzia di debiti preesistenti non scaduti, costituiti nello stesso periodo.

Invece per i contratti commutativi con squilibrio di corrispettivi a favore dell'altro contraente, stipulati nello stesso termine biennale, l'onere della prova negativa di aver ignorato lo stato d' insolvenza incombe all'altro contraente ed è aggiunta l' ipotesi che la prestazione del fallito sia stata soddisfatta in modo più gravoso del promesso (art. 768).

Il termine è portato al quinquennio per gli atti compiuti tra coniugi nel tempo in cui il fallito era commerciante.

Infine per i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, pegni e ipoteche giudiziali o convenzionali per debiti scaduti, avvenuti o costituiti nei sei mesi antecedenti la dichiarazione di fallimento, la revoca è subordinata alla prova da parte del curatore che l'altra parte conosceva o doveva conoscere l' insolvenza del debitore.

Con tale ultima formula l'onere probatorio è attenuato, potendosi provare anche la necessaria consapevolezza dello stato di insolvenza, desunta da elementi presuntivi, date le difficoltà della prova della diretta scienza dell' insolvenza.

NOTA BIBLIOGRAFICA

ACHER — Essai sur la nature de l'action paulienne. (Revue trim. de droit civil, 1906).

AICARDI — Nuovi studi di legislazione comparata sul dir. di revoca degli atti fraud. - Roma, 1891.

ALBERTARIO — A proposito della denominazione dell'Actio Pauliana. (Arch. Giur., 1921).

ARCURI A. — Degli atti fraudolenti compiuti dal colpevole prima e dopo il reato, 1932.

ASCARELLI — Impugnativa per frode dell' ipoteca e cambiale ipotecaria. (Riv. dir. comm., 1932).

ASCOLI A. — Se il creditore ipotecario possa impugnare con l'azione Pauliana l'alienazione del fondo ipotecario fatta dal debitore. (Foro It., 1931).

BAADER — Die Rechtsmittel der Gläubigeranfechtung im klass. röm. Recht - Halle 1908.

BABLED — De l'action paulienne - Paris, 1856.

BAERI — L'azione revocatoria - Caltanissetta, 1904.

BÉDARRIDE — Traité du dol et de la fraude en matière civ. et comm. - Paris, 1852.

BEJANIN — De la révocation des actes faits pour le débiteur en fraude des droits de ses créanciers - Paris, 1867.

BELLAVITE — L'azione pauliana nel diritto romano - Verona, 1881.

BERARDELLI G. A. — Dell'azione pauliana in materia ereditaria - Roma, 1908.

BERIO F. — L'anteriorità del credito all'atto fraudolento nell'azione pauliana. (Dir. comm., 1933).

BERMOND-LACOMBE — De l'action paulienne - Toulouse, 1872.

BERTOLINI C. — Atto simulato ed atto fraudolento. (Dir. e Giurisprud., I, 50).

BOLAFFIO — Riforma delle disposizioni concernenti le impugnative degli atti pregiudizievoli alla massa dei creditori. (Arch. Giur., XLV).

BONELLI — L'azione revocatoria fallimentare contro le sentenze di assegnazione giudiziale. (Riv. dir. Comm., 1907).

—— Questioni sull'azione revocatoria nel fallimento (ivi, 1906).

—— Il sistema revocatorio nel diritto fallimentare. (Riv. It. Scienze giur., XIX e XX).

BORZONI O. — Azione revocatoria - Milano, 1900.

BOZZI A. — L'anteriorità del credito e l'azione pauliana. (Sinossi Giur., 1932).

BREZZO — La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori - Torino, 1892.

Brezzo — Sulla condizione dei terzi mediati di fronte agli istituti dell'azione revocatoria e della trascrizione. (Giur. It., 1895).
Brizzolari A. — L'azione revocatoria o pauliana. (Dir. fall., 1924).
Brunetti A. — Il sistema revocatorio fallimentare e le ipoteche giudiziali. (Riv. di dir. comm., 1910).
Butera — L'azione revocatoria e la datio in solutum. (Foro It., 1918).
—— Azione pauliana e trascrizione. (Giur. It., 1929).
—— Azione pauliana e subastazione. (Giur. It., 1930).
—— L'effetto restitutorio dell'azione revocatoria in rapporto alla trascrizione. (Foro It., 1930).
—— Azione pauliana. (Digesto It.).
—— Dell'azione pauliana o revocatoria - Torino, 1934.
—— L'az. revocatoria e l'onere della prova sulla scientia fraudis del terzo mediato (Foro It. 1935, I, 20).
—— Pauliana e trascrizione (Studi in onore di S. Longhi in Riv. Pen. 1935, 1-5, p. 204).
Capmas — De la révocation des actes faits par le débiteur en fraude des droits du créancier - Paris, 1847.
Caporali D. — Azione revocatoria. (Diz di dir. privato di Scialoia, 1901).
Capozzi M. — Effetti dell'azione pauliana nei confronti del terzo trascrivente in frode. (Dir. e prat. comm., 1931).
Carnelutti — Azione pauliana e dazione in pagamento. (Riv. dir. comm., 1917).
Chironi — Sulla frode nell'azione revocatoria. (Cassaz. Un. Civ., 1918).
Ciaccio F. — In tema di azione revocatoria di vendita immobiliare e di conseguente azione esecutiva nei rapporti con il compratore. (Foro It., 1933).
Cicu [illegible] — In tema di revocatoria fallimentare. (Dir. fallim., 1928).
Claasen — Ueber den Schutz des Gläubigers im röm. Recht gegen Verkürzungshandlungen seines Schuldness - Freiburg, 1879.
Cobianchi A. C. — Appunti sull'azione revocatoria e sui suoi effetti a carico dei terzi mediati. (Riv. dir. comm., 1931).
—— Osservazioni in materia di prova della partecipazione dei terzi mediati alla frode nell'azione revocatoria. (Foro It., 1933).
Cocurullo B. — Quali la natura e i limiti di applicazione degli art. 192, 193, 194 Cod. Pen. ecc. (Sinossi Giur., 1931).
Collinet — Origine byzantine du nom de la paulienne. (Nouv. rev. hist. de dr. fr., 1919).
Conforti L. — Sugli effetti della revoca degli atti fraudolenti. (Studi in onore di D'Amelio, I, 1933).
—— Trascrizione e azione revocatoria. (Giur. It., 1928).
—— Trascrizione e revocabilità di alienazione fraudolenta. (ivi, 1930).
Cosak — Das Anfechtungsrecht der gläubiger, 1884.
Cosi P. — Del danno assoluto come elemento indispensabile nell'esercizio dell'azione pauliana revocatoria, (Foro It., 1878).
Coviello L. — In che consistano il « consilium fraudis » da parte del debitore e la «scientia fraudis» da parte del terzo. In che consista lo «eventus damni». (Giur. It., 1897).
Coviello N. — L'ultimo capoverso dell'art. 1235 Cod. Civ. (Filangieri, 1889).
Czerlinsky — Zur Lehre von den Voraussetzungen der actio pauliana - Heidelberg, 1906.
De Luca N. — Della competenza per valore nell'azione pauliana. (Cassaz. Unica, 1904).
De Palo M. — La revocatoria per frode nei recenti studi civilistici. (Filangieri, 1899).

De Pirro V. — Della dote in rapporto con la revocazione per frode, ecc. (Giur. It., 1897).
Desbois — De l'action paulienne - Paris, 1856.
De Simone N. — Della competenza per valore nell'azione pauliana. (Cassaz. Unica, 1904).
De Vito — Sulla data del credito in virtù del quale si promuove l'azione pauliana. (Arch. Giur., 1881).
Dialti D. — Sulla partecipaz. del terzo acquir. a tit. oneroso alla frode ecc. (Foro It., 1883).
Di Blasi F. U. — In tema di azione pauliana. (Giur. It., 1930).
—— Ancora in tema di azione pauliana. (ivi, 1931).
Di Domenico A. — Brevi osservazioni sull'azione pauliana secondo il cod. civ. it. - Napoli, 1894.
Dubois — Des actes faits en fraude des créanciers - Versailles, 1856.
Duflos — De la révocation des actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers - Paris, 1875.
Dufresne — De l'action paulienne ou révocatoire - Paris, 1856.
Fain — De l'action paulienne - Paris, 1854.
Ferri G. B. — I nuovi aspetti della pauliana nel Cod. Pen. (Riv. Pen., 1931).
Ferrini — Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore, secondo il diritto romano. (Filangieri, 1887).
Fischer — Anwendbarkeit der Actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung - Paderbon, 1875.
Forti U. — Trattato dell'azione pauliana - Firenze, 1864.
Francke — Ueber die Zulässigkeit der actio pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt. (Arch. f. civ. Praxis, 1833).
—— Verkürzte Gläubiger und spätere Besitzer der Verkürzungshalber veräusserten Sachen. (ivi, 1879).
Frege — De actione pauliana - Lipsiae, 1836.
Gandola — Azione pauliana. (Arch. Giur., 1880).
Garciulo E. — Come vanno intesi il « consilium fraudis » e l' eventus damni » nella pauliana. (Foro Nap., 1900).
Garsonnet — De la révocation des actes faits par le débiteur en fraude des droits de ses créanciens - Paris, 1890.
Gertscher — Die anfechtung von Rechtstandlungen. (Ger. Zeitung, 1884).
Giorgi — Note a Maierini: Della revoca degli atti fraudolenti - Firenze, 1898.
Godart — De l'action paulienne - Paris, 1856.
Grouber — Action paulienne en droit civil française contemporain - Paris, 1913.
Grützmann — Das Anfechtungsrecht der benachtheiligten Konkursgläubiger nach gemeinen Recht - Leipzig, 1882.
Guarnieri Citati — En matière d'affranchissements frauduleux. (Mélanges Cornil, I, 1926).
Guillouard — Action paulienne - Caen, 1868.
Hasenbalg — Zur Lehre von der Actio Pauliana - Berlin, 1874.
Hardy — De l'action paulienne - Paris, 1855.
Hennig — Die Anferchtbarkeit der Datio in solutum nach gemeinen u. deutschen Reichsrecht - Breslau, 1897.
Huschke — Ueber die rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict. (Zeitschr. f. Rechtsgesch., 1870).
—— Publius Rutilius Rufus oder A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium. (Zeitschr. f. Civilrecht und Prozess, N. F., 1857).
Kipp — Impugnación de los actos in fraudem creditorum en derecho romano. (Rev. de Der. Privado, 1924).

KRALL — Fraudolose Rechtsgeschäfte. (Ger. Zeitung, 1879).
KRASNOPOLSKI — Die örtliche Herrschäfte der Anfechtungsnormen nach österr. Recht, (Wiener Zeitschrift, XVI).
— Das österr. Anfechtungsrecht in seinen Gründzugen dargestellt. (Jur. Vierteljschr., 1887-1888).
— Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österr. Recht - Prag, 1889.
JACOMY — De l'action paulienne - Paris, 1877.
JANNUZZI R. — Se un debitore aliena il suo patrimonio e investe l' intero prezzo a soddisfare taluni creditori, potranno gli altri rimasti insoddisfatti agire con la pauliana? (Foro It., 1883).
— Se la pauliana competa, allorchè il prezzo della vendita si è usato nella dimissione di taluni debiti. (Giur. It., 1883).
LACAMY — De l'acti... paulienne - Paris, 1877.
LADEN — L'action paulienne envisagée par rapport aux libéralités par contrat de mariage - Paris, 1911.
LA GORCE — De l'action paulienne - Caen, 1868.
LANDUCCI — Appunti di diritto romano sull'azione revocatoria - Padova, 1925.
LASPEYRES — Ueber Anfechtung von Zahlungen mit der actio pauliana. (Archiv f. civ., Praxis, 1838).
LENEL — Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klass. röm. Recht. (Festgabe für A. S. Schultze - Leipzig, 1903).
LEONE F. — La costituzione di dote agli effetti dell'art. 1235 C. Civ. (Filangieri, 1911).
LEONI G. — Dell'azione pauliana nel diritto romano - 3ª ed., 1901.
LETO — L'art. 1235 Cod. Civ. e la garanzia dei diritti acquistati dai terzi - Palermo, 1892.
LUCCHINI E. — L'azione pauliana nella rinunzia all'eredità ecc., 1898.
MAGLI L. — Alcune considerazioni sulla pauliana. (Giur Corti Reg., 1931).
MAIERINI — Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori, con note del Giorgi - Firenze, 1898.
MANDRIOLI D. — Considerazioni sull'azione revocatoria. (Foro Lombardo, 1933).
MANKIEWICZ — Beiträge zur Lehre von der actio pauliana - Halle, 1874.
MARRACINO — Azione revocatoria (dir. romano) in Enciclopedia giuridica - 1904.
MASTROMARCHI A. — Dell'azione pauliana - 1897.
MEISCHEIDER — Die preussische Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach den Gesichtspunkten des römischen Rechts - Halle, 1864.
MENZEL — Das Anfectungsrecht der Gläubiger nach österr. Recht - Wien, 1886.
MONTEL A. — In tema di azione pauliana. (Ann. di dir. comp., VIII).
MONTRÉMY — De l'action paulienne - Paris, 1887.
NAQUET — Étude sur l'action paulienne en droit romain et en droit français - Paris, 1869.
NATALE G. — Del dolo e della frode - 1877.
NETT — Die « actio pauliana », und das « interdictum fraudatorium » - Zürich, 1861.
OTTO — Die Anfechtung von Rechtshandlungen welche ein Schuldner zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt - Leipzig, 1881.
PACCHIONI — Azione pauliana. (Riv. di dir. civ., 1933).
PAPA D'AMICO L. — La pauliana nel fallimento. (Circ. giur., 1902).
PAPESCHI G. — Sulla teorica generale dell'azione revocatoria fallimentare. (Dir. comm., 1913).
PEDRAZZI — Dell'azione pauliana o revocatoria. (Arch. giur., 1875).
PINZERO F. E. — Dell'azione revocatoria nel diritto italiano, 1904.

PINZERO F. E. — Intorno agli effetti della revocatoria, 1905.
PLANIOL — Nature, effet de l'action paulienne. (Rev. critique, 1886).
PUGLIA F. — Dell'azione pauliana, 1886.
RAGOZZINO S. — La revocatoria fallimentare secondo l'art. 709 cod. comm. (Dir. fallim., 1927).
REINHARDT — Von der Paulianischen und den mit derselben verwandten Klagen.
REINHART TH. — Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. « Actio pauliana » nach römischen und gemeinen Recht - Winterthur, 1871.
RICCA BARBERIS M. — L'assolutezza dell'annullamento conseguito con l'azione revocatoria. (Riv. dir. privato, 1931).
— L'effetto dell'azione revocatoria rispetto ai terzi. (Sinossi giuridica, fasc. 483).
RODRIGUEZ — Juicio critico sobre la acción Pauliana en der. rom. - Estudio de los art. 1198 y 1199 c. civ. Venezolano, 1901.
ROLLA C. — La dazione in pagamento e le costituzioni di garanzia in rapporto con la pauliana. (Filangieri, 1911).
ROME — De l'action paulienne en droit romain et en droit français.
RONCA G. — L'azione pauliana in relazione al pagamento e ad atti consimili. (Legge, 1877).
ROUX — De l'action paulienne en droit romain et en droit français - Paris, 1873.
RUDORFF — Ueber die rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict. (Zeitscher. f. Rechtsgesch., 1869).
RUSSO TRAVALI G. — Dell'azione revocatoria - Palermo, 1890.
SATTA — Atti fraudolenti in danno dei creditori, (Enciclopedia giurid., 1897).
SCHEY — Zur Geschichte der actio pauliana und des interdictum fraudatorium. (Zeitschr. d. Rechtsgesch., 1878).
SCHÖNEMANN — Die paulianische Klage - Gera, 1873.
SCHRÖTER — in Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, VI.
SCHULTZ — Die fraudatorische Freilassung im klass u. justinian. römischen Recht. (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch., 1928).
SCUDERI A. — Dell'azione revocatoria - Catania, 1896.
SERAFINI E. — Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano - Pisa, 1887-1889.
— Confutazione della teorica del Dernburg intorno allo svolgimento storico dell'azione revocatoria nel diritto romano. (Arch. giur., XXXVIII).
SIMONCELLI — Note critiche sull'azione revocatoria nel diritto civile. (Riv. it. per le scienze giuridiche, 1888).
SOLAZZI — Per la storia dell'actio pauliana. (Arch. giur., 1901).
— Studi sulla « fraus creditorum ». (Filangieri, 1902).
— Natura dell'azione revocatoria ed in particolare dell'ammissibilità delle ipoteche sugli immobili revocati. (La Legge, 1903).
— Della revocabilità dei pagamenti nelle dazioni in pagamento e delle costituzioni di garanzie. (Arch. giur., LXVIII).
— Consilium fraudis e dazione in pagamento. (Foro it., 1918).
— La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano. (Studi e documenti di storia e diritto, 1901-1902); 2ª ed., Napoli, 1934.
STEINBACH — Die Anfechtung der Rechtsgeschäfte « in fraudem creditorum ». (Jurist. Bl. 1874).
STOLFI N. — Natura giuridica dell'azione pauliana in Questioni di diritto, 1918.
STRUCKMANN — Ueber die Anfechtbarkeit der datio in solutum mittelst der Actio pauliana. (Jahrbücher f. die Dogm., 1873).
TARDUCCI I. — Svolgimento storico e officio dell'azione pauliana nel diritto moderno. Perugia, 1882.

Traviesas — La acción pauliana. (Rev. de legisl. y jurispr., 1920).
Valenti C. — L'azione revocatoria a difesa delle sanzioni civili del reato. (Riv. dir. civ., 1933).
Venditti C. — Trascrizione e azione pauliana. (Giur. it., 1917).
Veralli A. — Alienazione in frode dei patroni ecc. (Filangieri, 1882).
Vigneron — La fraude dans les transferts des droits - Paris, 1923.
Warschaner — Unmittelbare Benachteiligung u. Röckgewähr im Anfechtungsrecht. (Leipziger Zeitschr. f. deutsch. Recht, 1931).
Wehrn — *Dissertaio inauguralis de actione pauliana* - Enfurt, 1881.
Windmüller — La revocazione delle alienazioni fraudolente.
Zapponi A. — Alcuni appunti sull'azione pauliana. (Foro it., 1927).
Zola E. — Appunti in tema di revocatoria fallimentare. (Foro subalp., 1930).
Zürcher — Die Actio pauliana - Zürich, 1872.

Finito di stampare in Napoli
nello Stabilimento Tipografico
ALBERTO MORANO S. A.
nel Luglio del 1935 - XIII

CAPITOLO I.

Actio e interdictum nel diritto classico

1. — L'antica procedura romana delle legis actiones conosceva due soli modi di esecuzione: l'uno, reale, eccezionale, limitato a poche obbligazioni privilegiate, quasi un pegno stragiudiziale: pignoris capio (1); l'altro personale: manus iniectio, che si esperiva sulla persona del debitore, il quale, secondo la tradizione della legge delle XII tavole, poteva anche essere venduto trans Tiberim o messo a morte dai creditori, con spartizione del corpo (Tertiis nundinis partis secanto: Tab. III. 6). Contro la tradizione gli studi del Pais e del Lambert non sono apparsi decisivi ed è stato riaffermato in particolare dal Girard e dal De Francisci il carattere legislativo (ius Quiritium) delle norme decemvirali; come il significato nel senso letterale della primitiva esecuzione personale, di cui per altro, come notò, l'Appleton, la tradizione non ci ha tramandato esempi, è stato confermato dal rinvenimento dei Fragmenta Augustodunensia (2).

---

(1) Per particolari crediti d' indole militare, religiosa e politica: PEROZZI, *Istituz. dir. rom.*, II, p. 45 nota 4. Cfr. GAI. IV, 28-29.

(2) GIRARD: *Histoire des XII tables.* — DE FRANCISCI: *Legge delle dodici Tavole, estr. Enc. Giur. It.*, p. 41. — BONFANTE: *Storia dir. rom.*, [2], p. 140 nota 3. Cons. anche PACCHIONI: *Corso Diritto romano* [2], I, p. 66 segg.

La lex Poetelia Papiria de nexis (a. 428 di Roma) limitò con la formalità dell'addictio e mitigò l'esecuzione dell'arresto e del lavoro coatto.

2. — Ma solo con la procedura Rutiliana (II secolo a. Cr.), introdotta particolarmente per i casi in cui era impossibile l'esecuzione personale, si generalizzò poi l'esecuzione patrimoniale sui beni del debitore con la missio in bona accordata ai creditori. Si nominava, su designazione dei creditori, almeno nella prassi, un curatore e quindi un creditore magister bonorum per la vendita secondo la lex venditionis di tutto il patrimonio del debitore a un bonorum emptor, che era considerato come un finto erede (formula serviana) e quindi come un successore universale (3). Il bon. emptor assumeva l'obbligo di un pagamento in percentuale secondo la par condicio ai creditori.

Nei primi tempi dell'Impero alla bon. venditio si sostituì per le persone clare, onde evitare l' infamia, la bonorum distractio, una vendita cioè dei singoli beni, effettuata o d'accordo tra i creditori o da un « curator distrahendorum bonorum » o da più eletti dai creditori e nominati dal magistrato per la ripartizione del prezzo tra i creditori stessi, preferendo i privilegiati.

La procedura quindi si generalizzò e nell'epoca giustinianea era la sola in vigore (4) oltre l'esecuzione speciale del pignus ex causa iudicati captum e a parte l'esecuzione personale per la detenzione per debiti.

3. — Premessi tali cenni, troviamo nel Digesto vari passi, che indicano rimedi contro le frodi dei creditori, oltre l'azione calvisiana e la fabiana, che riguardavano esclusivamente i rapporti di patronato, e la lex Aelia Sentia, relativa alle manomissioni.

(3) Il bon. emptor poteva agire anche con la formula rutiliana, introdotta dallo stesso Pretore P. Rutilio, convertendo in suo favore la condemnatio della formula. Con la serviana *ficto se herede agit*: GAI. IV. 35, 36. Comunemente si ritiene che l'a. Serviana riguardasse il debitore defunto (RICCOBONO: *Corso di dir. rom.*, II, p. 154; ARANGIO-RUIZ: *Istituz.* 3, p. 141) ma v. in contrario: PEROZZI: *Istit.*, II, p. 54, nota 1.

(4) BRUGI: *Ist., Dir. Rom.* 3, p. 437.

Il Brezzo enumera sette mezzi di revocazione: actionis denegatio o exceptio fraudatorum creditorum di D. 42. 5. 25 e 12. 2. 9. 5; l'actio di D. 42. 8. 1 pr.; la stessa utilis scientiae mentione detracta; interdictum fraudatorium della 1. 10 h. t.; l'actio in factum della stessa legge; l'actio in factum contra heredem della 1. 11 eod.; l'actio in rem delle Istituzioni 4. 6. 6 (5).

La pluralità di tali mezzi e particolarmente la distinzione tra essi è stata oggetto di studi ampi, che non hanno però portato finora a una definizione, almeno generalmente accolta.

Le fonti su tal punto non sono precise nè complete (6) e le difficoltà sono apparse anzi talvolta insuperabili, nonostante le congetture escogitate.

4. — La questione concerne particolarmente la distinzione tra l'actio e l' interdictum di D. 42. 8. A parte la procedura e il beneficium celeritatis non sembra che nell' Editto si accordassero due mezzi identici, come prima si riteneva (7).

D. 42. 8. 1 pr. (Ulp. 66 ad ed.) - Ait Praetor: Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori honorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adversum ipsum, qui fraudem fecit servabo.

L. 10 pr. h. t. (Ulp. 73 ad ed.) - Ait Praetor: Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de /ea re/ agitur fecit: ea illis si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei si non plus quam annus est, cum de ea re qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. Interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam.

(5) BREZZO: *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*, p. 4 e 72.

(6) La recente scoperta (1933) dei frammenti del *Gaio Alessandrino*, editi a cura dell'ARANGIO-RUIZ in PSI n. 1182, non ha fornito nuovi elementi per le fonti relative al tema.

(7) La dottrina non recente (Mühlenbruch, Heimberger, Schupfer, Puchta, Savigny, Vangerow, Maynz, Arndts, Windscheid, Keller, Schmidt, Demangeat, De Crescenzio, Lomonaco, Maierini, Giorgi) riteneva i due mezzi solo processualmente distinti.

Il primo passo riferisce l'azione introdotta nell'editto: il secondo la formula dell'interdetto restitutorio (restituas).

« Vei ei... oportebit » è interpolato, secondo l' Eisele. È dubbio se ad « actionem » (dabo) debba sostituirsi « iudicium » come fa il Lenel, in quanto nelle fonti per i compilatori pare non esservi differenza (8).

Nella formula dell' interdetto *ea re* in *quibus de ea re agitur* va concordemente eliminata. Ad *actionem permittam* va anche sostituito *interdicam*; non essendo da supporre che il Pretore nella formula dell'interdetto avesse promesso un'azione e non lo stesso interdetto contro l' inscius fraudis.

La tesi tuttavia non è senza contrasti. Si oppone che la concessione dell' interdetto non sarebbe stata possibile per l'arricchimento — in eo quod pervenerit — e da ciò la necessità di concedere l'*actio in factum*. In effetti D. 39. 1. 20. 8 relativo all'*interdictum demolitorium* riferisce che la questione era controversa, adducendo l'opinione contraria di Labeone, non condivisa però da altri e da Ulpiano, autore del frammento:

Plane si quaeratur, an in heredem eius, qui opus fecit, interdictum hoc competat, sciendum est Labeonem existimasse in id quod ad eum pervenit dumtaxat dari oportere vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quominus perveniret. Nonnulli putant in factum esse dandam quam interdictum, quod verum est (9).

Si rilevò dall' Huschke (10) la differenza tra *gestum* dell'azione e *factum* dell' interdetto per dedurne una più ampia sfera dell'applicabilità di questo, in quanto il primo termine designa il negozio giuridico e *facta* tutti gli altri atti e anche le omissioni.

La distinzione è stata ripresa dal Solazzi, il quale nota ancora e di più la differenza tra *gestum cum eo qui fraudem non*

(8) Per la distinzione tra « iudicium » e « actionem dabo » cfr. Gradenwitz e Lenel cit. in Solazzi: *La revoca degli atti fraud. nel dir. rom.* (1934) p. 14. — Riccobono: *Corso*, II, p. 48.

(9) Per la concessione dell'interd. quod vi autclam, *causa cognita*, oltre l'anno, v. D. 43. 24. 15. 5.

(10) Publius Rutilius Rufus oder A. F. P. R. und das Interdictum fraudatorium in *Zeitschr. für Civilrecht und Prozess*, N. F., XIV.

ignoraverit dell'actio e *factum sciente te* dell'interdetto per dedurne la conferma della teoria dell' Huschke (11).

Senonchè, come rilevarono Rudorff, Schey, Reinhart, Otto, Schmidt, Serafini ed altri, seguiti anche dal Maierini (12), Gaio nel fr. 58 pr. D. 50. 16 esponeva che praticamente factum e gestum si usavano senza diversità, onde è dubbio anche il rilievo del Solazzi circa le espressioni ufficiali dell' Editto.

Anche l'altro rilievo circa la partecipazione al negozio nell'actio e la scienza del factum nell' interdetto non sembra persuasivo.

Dal commento di Ulpiano (D. 42. 8. 1. 2) si rileva che l'interpretazione dell'actio era ampia: Quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit. L' interpolazione, sostenuta anche dal Beseler, può dirsi meramente congetturale.

Lo stesso è a dire per l'espressione *sciente te*, che va interpretata: sciente te et fraudem participante (l. 10. 2 h. t.).

Non pare quindi che vi fosse differenza tra le due espressioni. Nemmeno può dirsi dimostrato che contro l' inscius fraudis competesse solo l' interdetto utile. A parte la teorica dello Schönemann, il commento ulpianeo già menzionato con gli esempi della derelictio ed altri non esclude che l'actio potesse competere *scientiae mentione detracta*, come risulta dalla l. 6. 11 h. t. nè C. 7. 75. 5 prova in contrario, data l'unicità postclassica dei mezzi revocatori.

Particolare è l'opinione del Butera (13), il quale ritiene anche che l' interdetto fosse l'unico mezzo per la revoca delle omissioni di acquisti; ma il fr. 3. 1 D. 42. 8 addotto si riferisce all'estinzione dei diritti mediante fraudolenta omissione, non all'omissione di acquisti, che non era revocabile, come è comune opinione, nemmeno con l' interdetto.

5. — Un punto può dirsi certo di distinzione tra i due rimedi. Ripudiata la teorica del Perozzi, che riguardava l' inter-

(11) Op. cit., p. 81.
(12) Op. cit., p. 24.
(13) *Dell'azione pauliana o revocatoria* (1934), p. 21.

detto come limitato alle cose corporali, a due momenti distinti si riferiscono i due diversi mezzi.

L'actio competeva al curator bonorum. L' interdetto competeva ai creditori e dopo la bonorum venditio, quando le funzioni del curator bonorum erano cessate: D. 42. 8. 10. 1, 10, 18 h. t.

Il termine annale dell' interdetto ex die venditionis bonorum (l. 10. 18 h. t.) conferma che il rimedio era esperibile dopo la vendita, quando veniva ad essere dimostrato il danno dei creditori, che nell'actio doveva essere valutato dal Pretore.

Ben vero poteva anche avvenire che il bonorum emptor promettesse di pagare l' intero ed anzi il magister avrebbe dovuto, secondo risulta dagli studi del Rotondi (14), procedere all'addictio, qualora l'offerente rilevasse tutti i debiti.

I creditori che esperivano l' interdetto, secondo ritiene il Solazzi (15) a revoca ottenuta, procedevano d'accordo, dividendo il ricavato tra loro, secondo la par condicio, senza ulteriore necessaria fase giudiziale, contrariamente alla supposizione del Kipp (16), non essendovi accenni nelle fonti a una seconda bonorum venditio.

L'actio invece, poichè spettava al curator bonorum, essendo quasi generalmente non accolta l'opinione del Ferrini che sostituiva « magistro curatori », non poteva essere esercitata che anteriormente alla bonorum venditio e dalla missio in bona si deduceva la prova del danno. Se « vel ei... oportebit » è interpolato, ne deriva che i creditori erano rappresentanti dal curator bonorum, quale rappresentante della massa, al quale spettavano le azioni: infatti D. 42. 5. 14 pr. ci apprende che la nomina del curator doveva avvenire « *si quaedam actiones periturae sunt* ».

In queste era compresa l'azione di D. 42. 8. 1 pr., per cui ugualmente il termine era annale.

Per la decorrenza però la l. 6. 14 h. t. offre gravi difficoltà. Come mai il termine poteva decorrere ex die factae venditionis,

(14) *Bonorum venditio*, p. 114 segg., nel Volume per il XIV Centenario delle Pandette dell' Università di Pavia.

(15) Op. cit.: p. 40 e 206.

(16) *Impugnación de los actos in fraudem creditorum in Rev. de Der. Privado*, XI (1924).

quando aggiudicati i beni al bonorum emptor, il curator bonorum cessava dalle sue funzioni? Il Lenel pensa che il curator mantenesse le sue funzioni anche oltre la bon. venditio. Il Solazzi ricostruisce:

Annum computamus utilem; quo experiundi potestas fuit, *restitutionis, quam supra exposuimus, ex die permissae bonorum possessionis*, huius actionis ex die factae venditionis.

Si ritiene dall' illustre Maestro che al curator spettasse la restitutio in integrum ob fraudem e questa ottenuta e menzionata nella lex venditionis, al bon. emptor spettasse un'azione rescissoria per conseguire in effetti i beni alienati in frode.

6. — L'opinione di una *restitutio in integrum ob fraudem* o *ob dolum*, sostenuta da molti (Franke, Otto, Schröter, Schneider, Keller, Brinz, Savigny, Unterholzner, Vangerow, Windscheid ed altri) fu ripresa dal Lenel, che ritenne spettare la restitutio ob fraudem al *curator bonorum*, mentre l' interdetto competeva ai creditori di regola dopo la bonorum venditio. Egli quindi sostituiva anche *restitutionis* a *venditionis* in D. 42. 8. 6. 14 (17).

Il Solazzi ricostruisce D. 42. 8. 1 pr.:... de his curatori bonorum intra annum quo experiundi potestas fuerit, *in integrum restitutionem dabo; et si ille eam impetraverit, emptori bonorum iudicium... dabo*. Dalla restitutio sarebbero derivate al bon. emptor l'actio rescissoria e un'actio in factum, promesse dall'Editto (18).

Quindi « *vel ei... oportebit* » sarebbe stato interpolato per concedere ai creditori l'azione, essendo scomparsa la figura del bon. emptor nel diritto giustinianeo, per il subentrare della *bonorum distractio*.

Anche nell' interdetto « *illis... oportet* » sarebbe stato interpolato per unificare il mezzo revocatorio con l' Editto I e la ricostruzione, secondo il Solazzi, sarebbe:

... illis, *quibus eo nomine* quo de agitur *bonorum emptorem* ex edicto meo *pro portione debitorem fuisse* esseve oportet.

(17) *Edictum* [3], p. 436.

(18) Op. cit., p. 52.

e ciò per poter determinare i creditori che potevano esperire l'interdetto, quelli cioè ai quali era dovuta (pagata o meno) la *portio* (19).

Diversa è la ricostruzione del Lenel, che si riporta ai creditori in genere: ... illis *quos eo nomine* quo de agitur ex edicto meo *in possessionem* ire esseve oportet.

L'esistenza classica di una *restitutio ob fraudem* si fonda sul noto passo delle Istituzioni 4. 6. 6. — sul quale si basano anche i sostenitori di una *pauliana in rem* — e su D. 42. 5. 8. 1.

Questo frammento riguarda la locazione o la vendita dei frutti dei fondi compresi nella *missio in bona* e nell' ipotesi che sia stata fatta dal debitore in frode dei creditori si afferma: « *tunc enim praetor arbitrium dat creditoribus ut ex integro locationem vel venditionem faciant* ».

Senonchè il passo, come opina l'Albertario (20), sembra in gran parte interpolato.

Nelle Istituzioni 4. 6. 6. ugualmente vi sono interpolazioni del testo classico:

Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui *tradiderit*, bonis eius a creditoribus possessis ex *sententia Praesidis*: permittitur *ipsis* creditoribus, rescissa *traditione* eam rem petere, *id est, dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoribus mansisse.*

Sententia Praesidis appare interpolato per *decreto Praetoris*, che doveva trovarsi nel testo classico, sebbene il Lenel, seguendo il Ferrini, reputi la frase genuina, dal che anzi si congettura trattarsi di un passo di Marciano. *Traditio* sta per *mancipatio*. *Ipsis creditoribus* è del pari sospetto e così pure la chiusa « *idest rell* ».

Anche D. 42. 8. 10. 22, citato dal Savigny, riguarda gli effetti dell' interdetto con la restitutio in pristinum statum.

7. — Senza continuare a enumerare le varie opinioni, rimane fermo che un punto dimostrato, ritenuto anche dal Kar-

(19) Op. cit., p. 61.
(20) La costruz. « nisi... tunc enim » e altre somiglianti; estr. *Filangieri*, 26 (1911).

lowa (21), è la distinzione in rapporto alla fase anteriore o posteriore alla bonorum venditio che regola l'applicabilità dell'actio o dell' interdictum, senza distinzione però tra atti precedenti e susseguenti la missio in bona.

L'actio competeva al curator bonorum e l' interdetto ai singoli creditori, i quali agivano però nell' interesse comune: nell' ipotesi che fossero più a richiederlo, si può pensare che il Pretore prescegliesse uno dei richiedenti, come avveniva per gli interdetti popolari.

Contro l'esistenza della *restitutio ob fraudem* si obietta che nessuna traccia di essa si rileva dalla sedes materiae (D. 4. 1 e 4. 6) nè da altre fonti. Inoltre — ed è il rilievo dell' Huschke — la restitutio non è a favore del debitore fraudator, ma dei creditori. D'altronde, per quanto, come notava il Brugi (22), la *restitutio* sarebbe stata prima origine di alcune azioni, non sembra che l'azione dell' Editto I sia stata una semplice estensione della *restitutio in integrum*.

« *Vel cui de ea re actionem dare oportebit* » non presuppone necessariamente, se anche l'espressione è genuina, il richiamo a precedente azione, potendo indicare un rapporto di convenienza equitativa della concessione dell'azione ad altri e cioè ai creditori, nell' ipotesi che il curator bon. non fosse stato nominato o non intendesse procedere all'azione. Anche in diritto giustinianeo l'azione competeva al *curator bonis distrahendis*, ma si ammette che potesse competere ai creditori nei casi già accennati (23). L'opinione che anche l'actio spettasse ai creditori è sostenuta da Schönemann, Reinhart, Otto, Windscheid, Dernburg, Serafini E., Maierini, Giorgi, Butera.

In conseguenza l'azione di D. 42. 8. 1 pr. fu introdotta dal Pretore come azione nuova con propri caratteri ed effetti. Sembra quindi che l'opinione tradizionale di un'azione speciale non sia stata smentita.

Particolare è l'opinione del Dernburg (24), secondo il quale

(21) *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 1406.
(22) *Istituz. Dir. Rom.* [3], p. 140.
(23) SOLAZZI: op. cit., p. 158.
(24) *Pandette* [6], II (traduz. CICALA), p. 625.

da una *vindicatio utilis* (di cui a Inst. 4. 6. 6. e al noto passo di Cicerone *ad Atticum*, da cui si rileva che *una agebant* i creditori, senza accenno al *curator*, pur essendo indicato il *magister bonorum*) si passò all' interdetto e all'actio in factum e infine all'azione fraudatoria di D. 42. 8. 1 pr.

8. — I mezzi revocatori classici si riducono quindi all'actio e all' interdictum fraudatorium, dati utiliter *scientiae mentione detracta* e contro gli eredi *in id quod pervenit* (25).

Nelle Istituzioni non trattasi di una particolare azione, ma della comune azione revocatoria, di cui è stato dato risalto agli effetti, facendo apparire nei rapporti dei creditori l'alienazione come non avvenuta (26).

L'azione, cui fu dato il nome di pauliana, è quindi personale e non può pensarsi a una pauliana in rem: tale è l'opinione oggi quasi concorde. Essa è inoltre arbitraria, potendo il convenuto sfuggire alla condanna, restituendo la cosa o pagando i creditori, ed in factum. È infine rei persecutoria per l'attore e penale per il convenuto: azioni penali unilaterali, secondo il Savigny.

L'opinione del Pampaloni, seguita anche dal Perozzi (27), della nossalità dell'actio è oggi concordemente non accolta.

Il Pretore, proponeva nell' Editto I: Idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo. L'azione quindi non poteva mai competere al fraudator nè agli eredi. C. 7. 75. 4: Filios debitoris, ei succedentes, veluti in creditorum fraudem alienatorum facultatem revocandi non habere, notissimi iuris est.

Al bon. emptor e ai creditori competeva un'exceptio fraudatorum creditorum, poichè il Pretore negava l'azione (D. 42. 5. 25 e 12. 2. 9. 5) o concedeva l'exceptio o una replicatio fraudis.

La restituzione del Momsen: consilium fraudandorum creditorum ceperit — f. c. ceperit per receperit della Fiorentina —

(25) L. 10. 24-25 e l. 11 h. t.

(26) Conf. GIORGI in *Note al Maierini*, p. 58, e in *Obbligaz.* [5], II, p. 330. — MAIERINI: op. cit., p. 35. — SOLAZZI: op. cit., p. 95.

(27) *Istituz.*, II, p. 306.

e la sostituzione a « ne actio eo nomine detur » di « actionem » — o come restituisce il Beseler — « iudicium non dabo », poichè il Pretore dichiarava di dare o negare l'azione, non infirmano la classicità del primo passo.

L'exceptio non costituisce un distinto mezzo revocatorio, ma sussisteva anche contro l' inscius fraudis (exceptio utilis), secondo i principi dell'azione.

Il Brezzo (28) suppone che la denegatio actionis abbia preceduto gli altri mezzi revocatori, ma nulla emerge dalle fonti.

9. — Altro rilievo concerne il nome dell'azione. È veramente esistito questo Pretore, da cui sarebbe derivato il nome? Il Ferrini per primo contro la tradizione generalmente accolta, rilevò che nelle fonti bizantine D. 22 1. 38. 4 non riferiva il nome dell'actio in factum. Il Collinet (29), alla cui opinione dopo il Lenel hanno aderito molti, andò oltre, ritenendo che il nome fosse stato dato da un commentatore del fr. 38. 4, perchè il passo era di Paolo.

All'opposto il Rudorff riteneva come autore dell'azione L. Emilio Paolo, Pretore nell'anno 563 di Roma, dopo aver anche fatto l' ipotesi del Paulus Vergilius, ricordato in D. 1. 2. 2. 40. Altri opinano che si tratti di Paolo Rutilio Calvo, pretore nell'anno 585, ipotesi questa accolta dal Serafini (30) e dallo Stolfi (31). Paulus è cognome anzi che nome, mentre le altre azioni e gl' interdetti hanno preso il loro nome dal nome gentilizio. Tuttavia vi sono delle eccezioni: l'actio Serviana, ricordata dal Reinhart, l'editto carboniano e la regola catoniana. Il Kipp ricorda anche la pauliana victoria in Valerio Massimo, VIII, 11, 1.

(28) Op. cit., p. 11.

(29) Cfr. FERRINI: *Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore*, in *Filangieri*, XII (1887), n. 1. — COLLINET: *L'origine byzantine du nom de la Paulienne*, in *Nouv. rev. hist. de dr. fr.*, 43 (1919), p. 187 segg. e la nota dell'ALBERTARIO: *A proposito della denominazione dell'Actio Pauliana*, in *Archivio Giuridico*, LXXXVI (1921), p. 115, in cui concorda nell' ipotesi di un glossema postgiustinianeo. Nel senso che il nome non sia classico: SOLAZZI (cfr. però: *Per la storia dell'Actio Pauliana*, estr. *Archivio Giuridico*, LXVI (1901), p. 14): op. cit., p. 73.

(30) *Revoca*, I, p. 77.

(31) *Diritto civile*, III (1932), p. 349.

Un' interpolazione giustinianea, secondo l' ipotesi del Siber, non appare probabile, perchè sarebbe avvenuta in D. 42. 8, come rileva il Solazzi. Riteniamo quindi che, pur essendo sospetta la classicità del nome dell'azione, nulla sia dimostrato in contrario alla tradizione della sua origine.

Circa l'epoca cui risale l'azione, abbiamo un termine di riferimento nel passo di Cicerone, che ricorda l'azione revocatoria (ad Atticum, I. 1. 3): Caecilius avunculus tuus a P. Vario quum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum eius fratre Caninio Satrio, de iis rebus quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores, in quibus erant L. Lucullus et P. Scipio et, is quem putabant magistrum fore, si bona venirent, L. Pontius.

È opinione dominante (32) che l'azione dovette essere posteriore alla procedura rutiliana della bonorum venditio, introdotta dal Pretore P. Rutilio Calvo (169 a. Cr.) ricordato da Tito Livio, o, con minore probabilità, da P. Rutilio Rufo, Console nel 105 a. Cr., che non si sa però se sia stato Pretore (33).

Secondo Huschke la missio in bona sarebbe derivata anteriormente dalla legge Poetelia Papiria de nexis che il Walter pone nell'anno 429 di Roma (34): per Serafini E. anche anteriormente alla procedura rutiliana, vi sarebbero stati mezzi revocatori, come verso il debitore qui exilii causa solum verterit (35).

L'azione è posteriore alla lex Aebutia, anche di data incerta (139-126 a. Cr. secondo il Girard; 231-237 secondo il Voigt), che introdusse il procedimento per formulas, già vigente, come

---

(32) Cfr. MAIERINI: *Revoca*, p. 5.

(33) Cfr. PACCHIONI: *Corso dir. rom.* 2, I, p. 199.

(34) *Storia del diritto di Roma* 2, II, § 583. La data è controversa: l'anno 428 è indicato dal LANDUCCI, sulla scorta di LIVIO. Il NIEBUHR la pone nel 440. Altri indicano date diverse. Sull'*occasio legis*, la fustigazione del giovanetto C. Publilio per debiti paterni, cons. LIVIO, VIII, 28. Altri fatti diedero occasione ad altre leggi: l'uccisione del padre commessa dal filiusfamilias Macedo, per il S. C. Macedoniano (D. 14. 6. 1 pr.); l' insistenza di certa Carfania per il divieto alle donne di postulare pro aliis (D. 3. 1. 1. 5); il contegno di L. Verazio per l'actio iniuriarum aestimatoria (GELLIO, NOTTI, XX, I, 13) ed altre. Per l'actio de dolo, introdotta dal praetore Aquilio Gallo, cfr.: CICERONE, *De officiis*, III, 14; e per altra ipotesi del KÜBLER (*Atti Congresso Internaz. Roma*, 1933, Vol. I): Val. Maxim., 8. 2.

(35) SERAFINI E.: *Revoca*, II, p. 13.

si ritiene anche dal Riccobono (36) presso il praetor peregrinus. Il Butera (37) ritiene che Labeone conoscesse l' interdetto, come si desume dai fr. 6. 10, 10. 10 e 25. 1 e 6 di D. 42. 8, ma non può escludersi che all'epoca di Augusto fosse stata già introdotta anche l'azione, il che potrebbe trovar conferma nel noto passo di Cicerone ad Attico.

10. — Del pari disputata è l'anteriorità dell'azione e dell'interdetto. Un argomento letterale alcuni sostenitori della priorità dell'azione deducono dall'espressione: si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet. Dato il richiamo all' Editto I per la legittimazione attiva dell' istanza, si rileva che la priorità dell'azione resti affermata dal testo della formula interdittale.

Così pure coloro che ritengono il contenuto più ampio in rapporti all'azione dell' interdetto, per essere sufficiente il factum anzi che il gestum e per competere questo anche contro l'inscius fraudis, coerentemente non possono che ritenere la priorità dell'actio.

Tra i sostenitori della priorità dell' interdetto si annoverano Schröter, Schmidt, Dernburg, Karlowa, Baader, Girard, Huvelin, Cuq, Bellavite, Serafini, Brezzo, Giorgi (38), ed altri.

Invece sarebbe anteriore la pauliana secondo Huschke, Rudorff, Leist, Ubbelohde, Glück, Costa, Perozzi, Solazzi, Butera.

Dall'argomento letterale già enunciato il Reinhart (39) deduce che entrambi i mezzi sarebbero stati introdotti da uno stesso Pretore; ma *ex edicto meo* non significa necessariamente che l'editto non potesse ripetere le precedenti norme edittali.

Lo Schey ritiene i mezzi ugualmente antichi.

Dell'opinione del Dernburg circa l'evoluzione storica dei mezzi revocatori si è già fatto cenno.

Senonchè la frase: « Si eo nomine... oportet » è con molta

---

(36) *Corso*, II, p. 46.

(37) Op. cit., p. 25.

(38) Note al MAIERINI, p. 53.

(39) *Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Glaübiger*, p. 46 segg.

probabilità interpolata e anche l'opinione della maggiore estensione dell' interdetto sembra contradetta dalle fonti (40).

È nota la differenza procedurale tra actio e interdictum: la prima soggiaceva alle regole proprie dei iudicia, mentre l'altro permetteva al magistrato di emanare un ordine — inter duos dictum (41) — che se accettato estingueva la lite. Ma non è a ritenere che la distinzione fosse meramente procedurale. Gl' interdicta storicamente precedettero le actiones relative, perchè il Pretore pronunziava extra ordinem con un decreto proprio nei casi in cui non vi era una legis actio, che nasceva, nel caso di non accettazione del decreto dalla sponsio e restipulatio rispettiva dei contendenti.

Erronea è poi l'opinione del Messa (42), che segue in ciò Schey, Kipp, Cuq, Perozzi, della limitazione dell' interdetto fraudatario alle sole cose corporali. In contrario attestano vari frammenti di D. 42. 8. 10.

L'origine quindi degli interdetti, fondati sull' ius imperii anzi che sull' ius edicendi, fa ritenere che essi siano anteriori alle azioni. Caduta in desuetudine la procedura per legis actiones con la legge Aebutia, procedura che, a quanto si ritiene, fu abrogata con le lex Julia iudiciorum privatorum sotto Augusto (43), gl' interdetti restarono e furono estesi utiliter a casi non contemplati o concessi in factum.

Ben vero il *beneficium celeritatis*, cui accenna l. 22. C. Theod. Quorum appellat. XI. 36, restava per non essere gl' interdetti soggetti all'osservanza del *rerum actus-conventus* nelle

(40) Non è decisivo, come ritiene il BUTERA (op. cit., p. 24) il fr. 1. 1. di D. 42. 8 (Ulp. 66 ad ed.): Necessario praetor hoc edictum proposuit, quo edicto consuluit creditoribus revocando ea, quaecumque in fraudem eorum alienata sunt. Il SOLAZZI (op. cit., p. 87), seguendo il BESELER, ritiene che si tratti di un glossema. Comunque l'unicità dei mezzi revocatori in diritto giustinianeo col conseguente adattamento delle fonti non permette di dedurre con certezza che il commento si riferisse all'Editto I e necessaria d'altronde poteva anche apparire la concessione dell'azione al curator bonorum o anche ai creditori, prima della bonorum venditio.

(41) L'etimologia accolta è quella delle Istituzioni imperiali. Probabile è anche l'etimologia delle Istituzioni Gaiane: interdicere=prohibere. Ripudiata è invece la definizione delle Origines di Isidoro: interdictum=quod interim dicitur.

(42) *La procedura romana degli interdicta*; estr. Enc. Giur. It., p. 54.

(43) PACCHIONI: op. cit., I, p. 171 e 267. Per le fonti: GAIO, IV, 30. 31 e GELLIO: *Notti*, XVI, 10. 8.

Provincie — e cioè all'osservanza del periodo di funzionamento delle magistrature, quasi sessioni giudiziarie.

Il convenuto poteva richiedere la nomina di un arbitro per gl' interdetti imperativi (esibitorii e restitutorii) qualora non volesse obbedire all'ordine di exibere o restituere.

Tuttavia è a ritenere che, estesa la procedura formulare, che già vigeva prima presso il praetor peregrinus, magistratura istituita secondo il Bonfante nel 242 a. Cr. (44), permettendosi la concessione di nuove azioni, non siano stati creati nuovi interdetti.

Dal Messa, seguendo l' Ubbelohde e il Leist, si citano l' interdetto fraudatorio e l'altro *de aqua ex castello ducenda* (45).

Per il primo si è già rilevato che è erronea la deduzione dal richiamo all'actio ex edicto alla precedente azione pauliana, data l' interpolazione.

Per il secondo, se nel commento ulpianeo si legge che la concessione di acquedotto spetta al principe — D. 43. 20. 1. 42: Idque a principe conceditur: alii nulli competit ius aquae dandae. — sì che l'interdetto presupporrebbe il principato, è a notare però che nella formula dell'interdetto, riportata alla l. 1. 38 h. t., il diritto di concessione è genericamente indicato:

— Ait Praetor: « Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita uti permissum est ducat, vim fieri veto. Quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caveri iubebo ».

Ex castello è « ex eo receptaculo, quod aquam publicam suscipit ».

L' interdetto fraudatorio appartiene alla categoria degl' interdetti proibitivi e di quelli che, come scrisse Paolo — D. 43. 1. 2. 2 — *rei persecutionem continent, nam proprietatis causam continent*, per distinguerli dai possessori, o, secondo l' interpretazione dell' Ubbelohde, mezzi processuali definitivi, per distinguerli dai provvisori, in cui l'effetto della decisione poteva essere impugnato con altri mezzi.

(44) BONFANTE: *Storia del dir. rom.* [2], p. 285.

(45) MESSA: op. cit., p. 20.

CAPITOLO II.

Azioni di simulazione, Calvisiana, Fabiana e Legge Aelia Sentia

11. — Sia l'actio che l' interdictum fraudatorium presuppongono la verità o sussistenza obiettiva dei negozi giuridici in frode, che cioè essi per quanto in danno dei creditori abbiano una rispondenza tra volontà e negozio.

Troviamo invece nelle fonti, per quanto non in una trattazione sistematica, tranne in Cod. IV. 22, affermato il principio che i negozi simulati sono nulli, *nullius momenti sunt*, se nulla si è voluto in concreto, e valgono invece per quanto si è effettivamente voluto, qualora non vi ostino restrizioni del diritto: come in diritto giustinianeo per le donazioni eccedenti cinquecento solidi (C. 8. 54. 36. 3). Come rileva il Ferrara (1) modificando le distinzioni del Bechmann e del Forrer, troviamo nelle fonti anche la trattazione della c. d. simulazione relativa e cioè oltre la ipotesi di altro negozio dissimulato, la fittizia interposizione di persone, in modo che figuri in luogo del vero altro contraente, la simulazione di prezzo, di patti come per l' in diem addictio.

(1) *Della simulazione dei negozi giuridici* [5], p. 118 segg.

La soluzione sia in diritto classico che nel giustinianeo è data dal noto principio, titolo 22 del libro IV del Codice: plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.

È a ritenere quindi che i creditori abbiano avuta anche in diritto classico un'azione (utilis) per la dichiarazione di simulazione.

Infatti in molti passi è detto che i negozi simulati — assolutamente — sono privi di effetti (2).

D. 44. 7. 54 (Modest. 5 reg.) - Contractus imaginarii etiam in emptionibus vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate .

Così in D. 18. 1 *De contr. emp.* il principio è ripetuto nel fr. 55: Nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intellegitur.

Nei frammenti 36 e 38 h. t. e C. 4. 38. 3 è posto il principio della simulazione del negozio di vendita per donazione: la vendita *viliore pretio donationis causa* vale, ma *inter virum et uxorem nullius momenti est*. Al principio però sono apposte delle distinzioni (D. 24. 1. 5. 5 e 7. 6).

In D. 18. 2. 4. 5 e l. 14 si prevede la simulazione della melior condicio nell' in diem addictio. Così pure è dichiarata nulla la locazione *nummo uno*: D. 19, 2. 46 e 41. 2. 10. 2. Il principio è applicato anche alle *simulatae nuptiae*: D. 23. 2. 30.

In Cod. 4. 50. 4-6 e 5. 16. 16 troviamo l' ipotesi dell' interposizione fittizia nell'acquisto effettuato dal marito anche sotto il nome della moglie.

Non è da omettere però che nella recente dottrina romanistica, come si ritiene anche, seguendo il Partsch, dall'Arangio-Ruiz (2 a), sembra dubbia la sussistenza in diritto classico del concetto della simulazione, mentre le varie decisioni relative sarebbero soluzioni caso per caso date dai giureconsulti.

---

(2) Cfr. WINDSCHEID: *Pandette*, I, 1 (trad. FADDA e BENSA) p. 300 — SCIALOIA: *Negozi giuridici* 3, p. 332.

(2 a) Cfr. PARTSCH: *La dottrina del negozio simulato in dir. rom.* (Riv. Fondaz. Savigny, 2, 1921, p. 227 segg.). — ARANGIO-RUIZ: *Istituz.* 3, p. 96. Contra però RICCOBONO: *Corso*, II, p. 372.

12. — Le azioni calvisiana e fabiana riguardavano i diritti di patronato. Ai patroni e discendenti competeva un diritto di successione sui beni del liberto variamente determinato (3): per gli atti di diminuzione del patrimonio compiuti in frode, spettava l'azione fabiana nella successione testamentaria e la calvisiana, ab intestato (4).

Per entrambe, che attenevano alla diminuzione del patrimonio non alla omissione di acquisti, non occorreva alcuna partecipazione alla frode o arricchimento dell'acquirente, essendo sufficiente che il liberto avesse agito *in fraudem* o *in necem patroni*. Le azioni erano rei persecutoriae e soggette ai limiti di tempo ordinari. Non competevano al quasi patrono (parens manumissor).

Il consenso del patrono, come quello dei creditori nell'azione pauliana, esclude la frode.

Infine con le azioni calvisiana e fabiana utili si revocavano le alienazioni in frode della quarta divi Pii, spettante all' impubere sui beni dell'adrogator (5).

13. — La legge Aelia Sentia del 4 d. Cr. estese le limitazioni già apportate dalla legge Fufia Caninia, che limitava le sole manomissioni testamentarie da parte dei domini di più di due schiavi, e dichiarò nulle le manomissioni in frode dei creditori.

È controverso se occorresse il consilium fraudis o se bastasse oggettivamente l' insolvenza.

A parte la classsicità o meno dell'espressione, l'esame dei testi e in particolare di D. 40. 9. 7 pr., nonchè l. 10 e l. 23 eod., comprova che l'elemento subiettivo della frode occorreva; esso però si identifica nella scienza dell'insolvenza, come vedremo per l'actio pauliana (6).

L. 23 h. t.: Semper in fraudem creditorum libertas datur

---

(3) Cons. FERRINI: *Pandette* 3, p. 782 — RICCOBONO: *Corso*, p. 79 — PEROZZI: *Istituz.*, II, p. 474 e 481.

(4) D. 38. 5: *Si quid in fraudem patroni factum sit* e frammento *de formula Fabiana*, pubblicato da PLAFF e HOFFMANN nel 1888 e congetturalmente di Paolo ad Ed.

(5) D. 38. 5. 13.

(6) Cfr. MAIERINI: op. cit., p. 41.

ab eo qui sciret se solvendo non esse/, quamvis bene dedisset merenti hoc/.

L. 10 h. t.: In fraudem creditorum manumittere videtur qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel/ qui/ datis libertatibus desiturus est solvendo esse (7).

Per l'azione pauliana occorre, come vedremo, l'anteriorità della ragione creditoria, tranne che col denaro dei creditori posteriori siano stati pagati quelli anteriori (D. 42. 8. 10 1. e l. 16 eod.). L'eccezione però derivata dalla classica norma analoga dei privilegi, è giustinianea. Per le manomissioni troviamo però testi contradittorii.

D. 40. 9. 5 pr. (Iul. 64 dig.): Cum hereditas solvendo non est, quamvis heres locuples existat, libertas ex testamento competit.

L. 18 pr. h. t. (Paul. 16 ad Plaut.): Si mortis tempore solvendo sit hereditas, si tamen cum aditur desierit esse solvendo, libertas a testatore in fraudem creditorum relicta non competet: nam sicut aucta hereditas prodest libertatibus, ita nocet deminuta.

L. 25 h. t. (Papin. 1. 5. resp.): In fraudem creditorum testamento datae libertates prioribus creditoribus dimissis propter novos creditores irritae sunt.

Infine D. 42. 8. 15 nell'ipotesi di un nuovo creditore, soddisfatto il primo, dichiara che « *libertates datae ratae esse debent etsi hereditas solvendo non sit* ». Segue la spiegazione che il consilium e l'eventus non possono andare disgiunti (8). Nel fr. 16 è ripetuta l'eccezione: Nisi priores (creditores) pecunia posteriorum dimissi probentur.

Nel fr. 5 pr. «competit» è ritenuto interpolato per « /non/

(7) Cfr. *Inst.*, I, 6. 3.

(8) D. 42. 8. 15 (Iul. 49 dig.): Si quis, cum haberet Titium creditorem et sciret se solvendo non esse, libertates dederit testamento, deinde dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere coeperit et eodem testamento manente decesserit libertates datae /ratae esse debent etsi hereditas solvendo non sit, quia libertates ut rescindantur, utrumque in eorumdem persona exigimus et consilium et eventum et, si quidem creditor, cuius fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum qui fraudatur consilium initum non est. Libertates itaque ratae sunt/.

competit ». Il fr. 25 e il 42. 8. 15 sono in contradizione. Il Solazzi inseriva «/non/ irritae sunt » nella 1. 25. « Quia rell. » nel fr. 15 è ritenuto interpolato dallo Schulz e il Beseler ricostruisce « irritae sunt ».

Anche qui il principio del diritto classico dovette essere contrario a quello accolto dal diritto giustianeo, in cui predominava il favor libertatis, principio che sebbene proclamato all'epoca degli Antonini deve il suo maggiore influsso, come rileva il Riccobono (9) al Cristianesimo. Nel primo la legislazione era contraria alle manomissioni, mentre Giustiniano abolì la distinzione fra manomissioni civili (vindicta, testamento, in S. S. Ecclesiis) e pretorie (per epistulam, inter amicos, per convivii adhibitionem), abrogò la legge Fufia Caninia e limitò altre disposizioni della legge Aelia Sentia. Predomina quindi il principio favorevole alla validità delle manomissioni (Ist. I. 6. 3).

L'esegesi delle fonti va stabilita pertanto nel senso che in diritto classico l' insolvenza rendeva nulle le manomissioni, ancorchè i creditori non fossero anteriori. Nel fr. 5 pr. il *quamvis* fa ritenere che la soluzione dovesse essere negativa: quamvis... non competit.

Il principio è posto nel fr. 25 e il fr. 15 di D. 42. 8 fu interpolato mettendolo in armonia con le stesse norme dell'azione pauliana e col favor libertatis, mentre la conclusione delle fonti era negativa: libertates... irritae sunt.

(9) *Corso*, II, p. 584.

CAPITOLO III.

L'azione pauliana nel diritto giustinianeo

14. — Sostituita alla precedente procedura formulare l'extraordinaria cognitio, il che avvenne gradualmente e in via generale sotto Diocleziano e Massimiano (C. 3. 3. 2 del 294 d. Cr.) la distinzione fra azione e interdetto perdette sostanzialmente ogni valore: anche il beneficium celeritatis non aveva particolare motivo di essere per l'abolizione del *rerum actus* e la soppressione della distinzione fra ius e iudicium.

Il concetto di interdetto ha un valore storico già prima di Giustiniano — C. 8. 1. 3 e Inst. 4. 5. 8 —: « Perinde iudicatur sine interdictis ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset ». La distinzione fra actiones directae e utiles era d'altronde meramente nominale.

È opinione dominante (Rudorff, Grützmann, Lenel, Dernburg, Kipp, Maierini, Giorgi, Bonfante, Perozzi, Riccobono, Solazzi, De Ruggiero, Butera, Arangio-Ruiz; contra Huschke, Serafini E., Brugi ed altri) che un'unica azione revocatoria sia stata trasfusa nella compilazione giustinianea, cui si dà il nome di pauliana (1), non essendo verosimile l' ipotesi già esaminata di una glossa posteriore.

(1) Dernburg: op. cit., II, 627.

Infatti a interdictum fu sostituito genericamente actio o actio in factum in D. 42. 8 e in C. 7. 75 « De revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt » e furono fusi i vari commenti sia all'azione che all' interdetto nelle Pandette. La menzione dell' interdetto fraudatorio rimase in D. 36. 1. 69 l. 2 e in 46. 3. 96 pr.

Contro la unicità dell'azione revocatoria non attesta C. 7. 15. 1. Imp. Antoninus A. Caesiae - Si heres post aditam hereditatem ad eum cui cessit corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecit, bonis eius excussis usitatis actionibus, si tibi negotium fuerit gestum, ea quae in fraudem alienata probabuntur revocabis.

Invero è dubbio il riferimento dell'espressione « usitatis actionibus », che alcuni riferiscono all'escussione dei beni: bonis eius excussis usitatis actionibus, sicut (*si tibi*) negotium fuerit gestum (2), a parte altre interpretazioni.

15. — Sostituita alla bonorum venditio la bonorum distractio, l'azione competeva al curator bonis distrahendis e ai creditori, esperita la bonorum distractio e accertato quindi l'eventus damni.

Il termine era ugualmente di un anno, ex die factae venditionis, mentre era stato portato a un quadriennio per la restitutio in integrum dalla C. 2. 53. 7 dell'anno 531, da Giustiniano.

Trascorso il termine vi è l'azione di arricchimento in « id quod pervenit » limitatamente al particeps fraudis, agli eredi e successori e allo stesso fraudator, contro il quale *ex ante gesto* rimanevano le precedenti azioni derivanti dal credito: « Iniquum enim Praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude (D. 42. 8. 10. 24).

L'azione di arricchimento è soggetta all'ordinaria prescrizione trentennale.

Gli estremi dell'azione: consilium fraudis, eventus damni, anteriorità della ragione creditoria, aggiunta l'eccezione del pa-

(2) Cfr. C. 2. 4. 6. 1 - *Cuiacio, Observat.*, VII, 41 (*Opera*, ed. Giachetti, Prato).

gamento dei creditori anteriori col denaro di quelli posteriori (3), restarono immutati: così pure la partecipazione alla frode è richiesta solo per gli atti a titolo oneroso (ex causa non lucrativa).

Sostanzialmente la teoria della revoca degli atti fraudolenti, derivata dalla legislazione onoraria, fu elaborazione del diritto classico, trasfusa quasi integralmente nella legislazione di Giustiniano.

(3) D. 42. 8. 10. 1 e l. 16 eod. cit.

CAPITOLO IV.

Fondamento e natura dell'azione

16. Fondamento ex delicto nei rapporti del fraudator e del particeps fraudis: ex iniusta locupletatione per gli altri. Obiezioni. Estensione classica delle obbligazioni ex delicto agli eredi in id quod pervenit. Altre teorie del dolo dello Schönemann, dell'obbligazione da quasi delitto, ex lege, dell'equità. — 17. Natura personale dell'azione. Esame delle fonti. Teorie dell'azione reale o in rem scripta. — 18. Carattere in factum, arbitrario e penale dell'azione.

16. — Generalmente a base dell'azione pauliana è posta l'obbligazione ex delicto: essa infatti si fonda sulla frode dei contraenti negli atti a titolo oneroso e su quella del solo debitore in quelli a titolo lucrativo.

Nei rapporti però dei non partecipi della frode e così pure — anche in diritto giustinianeo — degli eredi, tenuti per l'arricchimento in id quod pervenit, il principio è l'ingiusta locupletazione, in quanto, pur essendo essi estranei alla frode, non devono trarne lucro.

Il principio è posto dal fr. 24 di D. 42. 8, già accennato (1).

Invero i sospetti d' interpolazione non possono dirsi decisivi e d'altronde anche il fr. 11 h. t. riferisce l'azione introdotta o suggerita da Cassio. Il concetto del resto non può dirsi contrastante con i principi classici, perchè nelle obbligazioni ex delicto si ammise l'azione per arricchimento contro gli eredi (2), a parte la *condictio furtiva* spettante anche contro di loro (3).

D. 50. 17. 38 (Pomponius, l. 29 ad Sab.): Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debet, ita lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

---

(1) Cap. III, n. 15.

(2) Dernburg: op. cit., II, p. 564 — Ferrini: op. cit., p. 721. Contra Albertario in *Rend. Ist. Lomb.*, 46, 1913, p. 445 segg. — Bonfante: *Istituz.*, [9], p. 136 nota.

(3) Cfr. Brini: *L'obbligazione nel dir. romano*, p. 40.

Il principio di D. 42. 8. 10. 24 è ripetuto per l'actio doli in D. 4. 3. 26-29:

Il fondamento dell'azione è quindi duplice, a seconda che si guardi al fraudator e al particeps fraudis o agli eredi e all' inscius fraudis.

In effetti, come si è rilevato, contro l' inscius fraudis l'azione era data utiliter, non in via generale, ma causa cognita.

Potrebbe per altro obiettarsi che in sostanza anche contro l' inscius fraudis e gli eredi fondamento dell'azione è sempre la frode del debitore, ma, mancando la partecipazione a questa, il principio non può valere obiettivamente, come abbiamo visto invece per la legge Aelia Sentia.

Tuttavia la teoria dell'obbligazione ex delicto o ex iniusta locupletatione, seguita da Puchta, Sintenis, Windscheid, Dernburg, Demolombe, Lomonaco, Maierini, Giorgi, Pacchioni, Butera (lo Schönemann ravvisava il dolo anche nell'arricchimento dell'acquirente a titolo lucrativo) non è senza contrasti.

Altre teoriche sono state in effetti enunciate: dell'obbligazione da quasi delitto (Mandry, Fitting), ex lege (Cosack, Menzel), dell'equità e convenienza civile (Brezzo).

Il carattere penale dell'azione è però affermato da D. 42. 8. 25. 7: ... praetor non tam emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam.

Il passo sembrerebbe in contradizione con la l. 25. 1. h. t.: Quia haec actio rei restituendae gratia, non poenae nomine daretur rell., ritenuta però interpolata dal Biondi.

Contro il fondamento dell'azione non vale addurre la trattazione sistematica delle Istituzioni gaiane e giustinianee, essendovi nelle fonti anche altre applicazioni dei principii dell'azione accennati nelle Istitute (4).

17. — Sulla natura personale o reale dell'azione si sono agitate prolungate controversie, mentre oggi può dirsi non contradetta la teoria della personalità dell'azione.

In verità dovrebbe essere sufficiente il rilievo che essa non competeva *adversus omnes*, ma solo contro il partecipe della

(4) Cfr. D. 11. 3. *De servo corrupto* — D. 47. 12. *De sepulchro violato*.

frode nei negozi a titolo oneroso e contro l' inscius solo per gli acquisti *ex lucrativa causa*, secondo la terminologia delle fonti, a parte l'azione in id quod pervenit. L'acquirente mediato o immediato a titolo non lucrativo, in buona fede, non poteva essere mai tenuto. La distinzione segna quindi il carattere personale dell'azione, che trovasi esplicitamente affermato nelle fonti, accanto all'azione Fabiana, che sappiamo del pari essere personale (D. 38. 5).

D. 22. 1. 38 pr. 4 (Paul. 6 ad Plaut.): Videamus generali/ter/ (5), quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant. 4. In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam Praetor id agit, ut perinde sint omnia, aeque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum, nam et verbum « restituas », quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.

La chiusa « quod non est iniquum rell. » può esser sospetta. Ma il principio personale dell'azione è chiaramente affermato.

I fautori di una pauliana in rem si fondano sulla frase «dominia revocatur » di Ulpiano e sul noto passo delle Istituzioni.

D. 42. 8. 14 (Ulp. 6 disputationum): Hac in factum actione non solum dominia revocantur, verum etiam actiones restaurantur. Ea propter competit haec actio et adversus eos, qui res /non/ possident ut restituant, et adversus eos, quibus actio competit, ut actione cedant. Proinde, si interposuerit quis personam Titii, ut ei fraudator res tradat, actione mandati cedere debet. Ergo et si fraudator pro filia sua dotem dedisset sciente fraudari creditores, filia tenetur, ut cedat actione de dote adversus maritum.

Ma la frase « dominia revocantur » scolpisce l'effetto dell'azione, senza però significato diverso dall'altra espressione di Paolo nel precedente frammento: « Praetor id agit... atque si nihil alienatum esset ». La cessione delle azioni nel contesto del passo conferma il carattere personale dell'azione.

(5) La restituzione: generaliter è del FADDA.

Il noto passo delle Istitute, già esaminato e ritenuto interpolato (6), elenca la Pauliana accanto ad azioni reali.

Inst. 4. 6. 6.: Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus possessis ex sententia Praesidis: permittur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoribus mansisse.

L'argomento che si vorrebbe trarre dal verbo *petere*, che denoterebbe azione reale (Huschke, Serafini E.), non è decisivo, trovandosi fra l'altro usato anche per l'azione Fabiana:

D. 38. 5. 4 pr. 1: Quodcumque dolo malo liberti alienatum est, Fabiana actione revocatur. 1. Etsi plures patroni sint, omnes unam partem habebunt: sed si viriles non petent, portio ceteri adcrescet.

Il carattere reale apparente dato all'azione dalle Istituzioni deriva anche dal risalto in cui è posto l'effetto rescissorio nei rapporti dei creditori.

Richiamare le varie distinzioni addotte dai fautori di una pauliana in rem vorrebbe dire riprendere l'argomento già trattato dei vari mezzi revocatori.

Accenniamo soltanto che mentre alcuni ritengono la realità dell'azione, seguendo il Cuiacio (ricordiamo Rudorff, Vignali, Rodriguez (7)), altri distinguono l'azione reale dell'Editto I da quella personale dell'Editto II (Huschke, Serafini E.) e altri ancora ritengono rescissoria in rem l'azione delle Istituzioni (Savigny, Wangerow, Keller, Brinz, Ortolan, Demangeat, Schröter, Lenel, Windscheid), che per il Dernburg seguito dal Butera (8) è invece una *vindicatio utilis* anteriore agli altri mezzi revocatori: altri ancora distinguono atti o stadi processuali (Reinhart, Del Rosso, Brezzo) e infine per altri (Bargalio, Perezio, Domat) trattasi di azione *in rem scripta* come l'actio quod metus causa, aquae pluviae arcendae e altre.

Il carattere personale dell'azione, ritenuto fra gli altri da Voet, Maynz, Pothier, Arndts-Serafini, Dernburg, Maierini,

(6) Cap. I, n. 6.
(7) *Juicio critico sobre la Acción Pauliana en derecho romano*, p. 179.
(8) Op. cit., p. 11.

Giorgi, Butera, può comunque dirsi affermato per l'unica azione revocatoria giustinianea, come insegna anche il Solazzi, che ritiene però interpolato il passo delle Istituzioni (9).

18. — L'azione pauliana è quindi azione personale in factum e, come abbiamo già visto (10), azione arbitraria, in quanto il convenuto, restituendo la cosa o pagando i creditori, poteva sfuggire alla condanna, che poteva anche essere maggiore del valore della cosa, dovendosi ritenere che fosse determinato dall' *iusiurandum in lite* dall'attore, come avveniva per la Fabiana:

D. 38. 5. 5. 1. (Paul. ad Ed.): In actione Fabiana si res non restituatur, tanti damnabitur reus, quanti actor in litem iuraverit.

Arbitrarie con l' iusiurandum in lite erano anche l'actio quod metus causa e l'actio doli: D. 4. 2. 14. 4 pr. e 4. 3. 18 pr., in cui si accenna per altro al giuramento cum taxatione.

Nell'antica procedura la condanna doveva essere sempre a una somma di denaro, ma anche in diritto giustinianeo, in cui la restituzione poteva essere eseguita manu militari, l'*arbitrium* consigliava il convenuto a restituire la cosa ante rem iudicatam (11).

Inst., 4. 12. 2: Superest, ut admoneamus, quod si ante rem iudicatam, is cum quo actum est, satisfaciat actori: officio iudicis convenit eum absolvere, licet in ea causa fuisset iudicii accipiendi tempore, ut damnari deberet: et hoc est quod antea vulgo dicebatur, omnia iudicia absolutoria esse.

Pertanto l'azione aveva carattere penale nei rapporti del convenuto, potendo la pena consistere anche nel vantaggio dell'attore nell'aestimatio rei (12): trattasi delle c. d. azioni penali unilaterali (rei persecutoriae per l'attore) secondo la distinzione del Savigny, da altri considerate azioni miste, che si trasmettevano anche agli eredi in id quod pervenit.

(9) Op. cit., p. 95.
(10) Cap. I, n. 8.
(11) Cfr. D. 42. 8. 25. 1: ideoque absolvi solet reus, si restituerit.
(12) Brugi: op. cit., p. 160 — Perozzi: *Istituz.*, II, p. 64.

CAPITOLO V.

Estremi: consilium e scientia fraudis, eventus danni

19. — L'azione pauliana si propone contro gli atti compiuti dal debitore in frode delle ragioni creditorie, frode di cui deve essere partecipe il terzo nei negozi a titolo oneroso o meglio, secondo la terminologia delle fonti, ex causa non lucrativa (1). La frode subiettivamente considerata dà luogo alla nozione del dolo del debitore e del terzo partecipe e cioè con frase tradizionale tolta dalle fonti, alla nozione del consilium fraudis. Ma in che questo deve consistere? È sufficiente la sola coscienza e quindi previsione dell' insolvenza o occorre che vi sia l' intenzione di danneggiare i creditori? In altri termini, con espressioni tolte dalla scienza del diritto penale, in cui lo studio della nozione del dolo raggiunge la sua più alta espressione, occorre un dolo per così dire generico, consistente nella scienza di rendersi insolvente con conseguente danno dei creditori, o occorre il fine specifico di danneggiare costoro?

(1) Cfr. Scialoia: *Negozi giuridici*, [3], p. 79.

La questione può in verità sembrare più di forma che di sostanza: infatti la scienza di rendersi insolvente con conseguente danno dei creditori importa necessariamente la volontà di danneggiare costoro, almeno considerati nel loro complesso: il debitore che aliena i suoi cespiti per rendersi insolvente vuole anche danneggiare i suoi creditori, essendovi volontà e previsione al riguardo. Il dubbio potrebbe invece essere fondato nei rapporti dei singoli creditori e in tal caso la prova potrebbe nella maggior parte dei casi essere difficile, se non impossibile; ma anche i pochi fautori dell'animus nocendi, tranne qualche isolata opinione, non arrivano a simili conclusioni: essi si fondano piuttosto sui motivi interni dell'agire del debitore, per i quali però la prova è del pari difficile. Formuliamo un esempio: un individuo, oberato di debiti, dona il suo ai figli; secondo il lato esteriore, egli ha fatto una liberalità; ma, se si pensa che egli aveva coscienza di rendersi con tale donazione insolvente, ne viene di conseguenza che egli ha voluto danneggiare i suoi creditori, perchè l' insolvenza crea il danno di costoro. Il fermarsi ai motivi apparenti, sostenendo che il debitore non ha voluto danneggiare i suoi creditori, perchè, ad esempio, non vi ha neppure pensato, contrasta con la considerazione che il concetto di frode, anche soggettivamente inteso, è unico e non può essere scisso: poichè il mezzo per rendersi insolvente è necessariamente usato in danno dei creditori, nel loro complesso almeno, ne deriva che tale danno non può sfuggire alla previsione e alla volontà del debitore, che volendo il mezzo vuole necessariamente le sue certe conseguenze.

La distinzione riflette quindi piuttosto la prova esteriore, la quale è già d'ordinario difficile e presuntiva in tale materia. Estendere la prova al fine, che è atto interno del volere e che può anche non manifestarsi in modo palese, è parso molto difficile, se non impossibile, e perciò la prova si riconnette a un elemento più facilmente rilevabile e cioè la coscienza dell' insolvenza, la quale può più agevolmente desumersi da elementi esteriori.

20. — Ricordando i pochi sostenitori della teoria avversa (Grützmann, Fischer, Schey, Reinhart, Gandola, Serafini E. ed

anche Brezzo e Satta) rileviamo che quasi universalmente è oggi ammesso che sia sufficiente la prova della coscienza o scienza dell' insolvenza, indipendentemente dalla prova particolare che la volontà del debitore sia diretta al fine di danneggiare i creditori.

L' insegnamento risponde alla tradizione romanistica. I passi delle fonti non lasciano dubbi in proposito e vedremo che qualche passo addotto in contrario non contrasta il concorde insegnamento.

È notevole in particolare la l. 42. 8. 15 (Iul. 49 dig.): Si quis, cum haberet Titium creditorem et sciret se solvendo non esse, libertates dederit testamento; deinde, dimisso Titio, postea Sempronium creditorem habere coeperit et eodem testamento manente decesserit: libertates datae ratae esse debent, etsi hereditas solvendo non sit, quia, libertates ut rescindantur, utrumque in eorumdem persona exigimus et consilium et eventum: et si quidem creditor, cuius fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum qui fraudatur consilium initum non est. Libertates itaque ratae sunt.

Si tratta qui di una manomissione testamentaria, che creava quindi liberti orcini: il testatore ha creditore Tizio ed ha la coscienza dell' insolvenza; ma dopo Tizio è soddisfatto e sorge un nuovo creditore in Sempronio. Morto il testatore, le manomissioni restano valide, perchè per Tizio vi è la frode senza il danno e per Sempronio il danno senza la frode.

Il passo è stato interpolato dai compilatori nella chiusa e la conclusione classica doveva essere negativa (2).

L. 17. 1 h. t. - Lucius Titius, cum haberet creditores, libertis suis isdemque filiis naturalibus universas suas res tradidit. Respondit: quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa sua bona alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse: et si filii eius ignoraverunt hanc mentem patris sui fuisse, hac actione tenentur.

Vediamo ora i passi adotti in contrario.

(2) Cap. II, n. 13.

Papin. 11 resp. - l. 19 h. t.: Patrem qui non expectata morte sua, fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit, omissa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutum exhibitionis, respondi, non creditores fraudasse.

Callistrat. 2 quaest. - l. 20 h. t.: Debitorem, qui ex senatusconsulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere.

Qui però vi è una ragione fondamentale, rilevata dal Giorgi (3). L'omissione di acquisti non rientra nell' Editto, ma solo la diminuzione del patrimonio. Per l'eredità e i legati vi è il passo esplicito di Ulpiano, l. 6 pr. 2. 4 h. t.: Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locuplerentur. 2. Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim adquirere, non suum proprium patrimonium deminuit. 4. Sed et illum probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum, quod Iulianus quoque scribit.

In conseguenza nel non ritenere la quarta falcidia o trebelliana — meglio, del senato consulto Pegasiano, poichè il S. C. Trebelliano riguardava le azioni utili concesse all'erede vero e il nome fu esteso da Giustiniano alle disposizioni del precedente S. C. in avversione a questo (4) — non vi è diminuzione del patrimonio, ma omissione di acquisti.

Vi è poi anche l'altra ragione, derivante dall'adempimento completo del fedecommesso, che esclude *fraudis umbram* (5).

In contrario si adduce ancora:

D. 21. 1. 43. 7: Si quis, cum consilium inisset fraudandocreditorum, redhibuerit non redhibiturus alias, nisi vellet eos fraudare, tenetur creditoribus propter mancipium venditor.

A parte i dubbi espressi dal Solazzi sulla genuinità del pas-

(3) *Obbl.*, II, p. 358 e in note al MAIERINI, p. 116.
(4) FERRINI: *Pandette*, p. 834.
(5) C. d. obbl. naturali improprie per cui il pagamento è anche irrepetibile.

so (6), che si riferisce all'editto degli Edili Curuli, i quali avevano speciale giurisdizione sui mercati e sui contratti che vi si stipulavano, nella prima parte del frammento si ripete l'espressione solita « consilium f. c. » con cui va messa in relazione l'altra « eos fraudare »: il tema quindi non è spostato, occorrendo sempre definire in che consisteva il consilium fraudis.

Nei frammenti si parla di creditori in genere, anteriori all'atto fraudolento: non vi è quindi riferimento, come ritengono Otto e Brinz, al danno di creditori determinati ed è pertanto opinione eccessiva quella di esigere la frode in danno dei singoli creditori.

Il fr. 10. 1 di D. 42. 8 apparentemente fa distinzione di creditori, « quorum fraudandorum causa fecit » e di altri « quos fraudare noluit »; senonchè, proseguendo, si rileva che i creditori frodati sono gli anteriori e gli altri creditori posteriori, per i quali cessa l'azione, tranne che col denaro dei secondi siano stati pagati i primi, eccezione che abbiamo già visto essere giustinianea e derivata dalla regola classica dei privilegi (7): Si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit revocationi locum fore.

L'antitesi è tra creditori anteriori e posteriori, secondo il principio che esamineremo dell'anteriorità della ragione creditoria all'atto; ma fra creditori anteriori non è a far distinzioni.

In altri passi l' ipotesi di un creditore anteriore e di altro posteriore vale per porre la questione risolta dal giureconsulto, non per dedurne la considerazione che occorresse la frode in danno di un creditore determinato.

Così nel citato fr. 42. 8. 15 il quesito riguarda il pagamento di un creditore anteriore e la sussistenza di altro posteriore, al tempo del decesso del testatore manomittente.

21. — L'elemento subiettivo della frode da parte del debitore occorreva per la legge Aelia Sentia e anche per le azioni Fabiana e Calvisiana, per le quali, se non occorreva il dolo del-

(6) Op. cit., p. 102.
(7) Cfr. D. 42. 5. 24. 3 e 42. 3. 2.

l'acquirente (D. 38. 5. 1. 4), occorreva però il dolo del liberto, tranne per gli atti mortis causa.

L'elemento subiettivo della frode per l'azione pauliana giustinianea, come per l'azione e l' interdetto classici, è indicato nelle fonti con le espressioni: consilium fraudandorum creditorum, consilium fraudandi, consilium fraudis (D. 40. 9. 10 e 46. 3. 96 pr.), fraudationis caus (D. 42. 8. 1. pr.), fraudanti causa (l. 10 pr. h. t.).

Si nega la classicità dell'espressione « consilium » (Beseler, Schulz) ritenendosi interpolazione giustinianea. Nel senso indicato l'espressione è classica (consilium clandestinum, consilia caedis) e d'altronde si trova ripetuta in molti passi: D. 42. 8. 10. 14; l. 15, 17. 1, 25. 3 h. t.; 21. l. 43. 7; 36. 1. 69. 1-2; 39. 6. 17; 40. 9. 7 pr. e l. 10 h. t.; 42. 5. 25; 46. 3. 96 pr., accanto anche alla menzione dell'interdictum fraudatorium, cui i giustinianei sostituiscono actio o actio in factum.

L'elemento subiettivo del resto risulta dalle espressioni equivalenti: fraudandi o fraudationis o fraudandorum creditorum causa. Esso pertanto era richiesto anche in diritto classico. In che consisteva? Se si dovesse attendere alla teoria contraria del fine particolare di danneggiare i creditori, la prova al riguardo sarebbe stata quasi impossibile nella maggior parte dei casi e vi è in contrario nelle fonti l'attestazione del consilium fraudis in base al principio « creditores habere et scire se solvendo non esse », come per la legge Aelia Sentia; D. 40. 9. 23, l. 16. 5 h. t., 42. 8. 6. 12, l. 15 e l. 17. 1 h. t.; qui desiturus est solvendo esse: D. 40. 9. 10 e Inst. I. 6. 3.

Fraudator è designato anche il debitore insolvente, come fraus ha significato di danno in D. 38. 5. 1 pr., come « in necem patroni » in l. 1. 6 e 19 h. t.

La frode quindi si identificava nella coscienza di essere insolvente e di danneggiare pertanto i creditori: fraus è il danno fraudolentemente arrecato (8) (noxiae fraudive esse). La prova

(8) Cfr. XII Tavole: « si plus minusve secuerunt, se (= sine) fraude esto », che per altro sarebbe una glossa secondo il Bréal. Anche nel *Corp. Inscr. Lat.* (I, n. 198, l. 28) si trova: « Neive quid ei ob eam rem fraudei esto ». Ai tempi dell' impero, secondo il Voigt, fraus avrebbe assunto il significato di dolo: cons. Cogliolo, *Manuale delle Fonti del dir. rom.* [2], p. 812.

incombente all'attore (curator bonorum o bonis distrahendis, creditor) è sufficientemente raggiunta con la dimostrazione della scienza dell' insolvenza, senza che occorra la prova particolare del fine di danneggiare i creditori e tanto meno i singoli creditori.

Così commentava il Voet: « sciens se non esse solvendo et tamen bona diminuens, licet forte non praecise cogitaverit de hoc vel illo in specie fraudando » (9).

Può esser dubbio se da ciò si desumesse il consilium fraudandi o se questo si identificasse nella scienza — che dimostra la volontà — dell' insolvenza, ma la questione meramente teorica anzi psicologica non portava a conseguenze pratiche.

Comunque l'opinione che il fine di danneggiare i creditori si ritenesse provato in base alla scienza dell' insolvenza è quasi generale (Dernburg, Windscheid, Maierini, Giorgi, Riccobono, Perozzi, Pacchioni, Solazzi, Bonfante, Butera). Così anche il Forti nel trattato dell'azione pauliana (10).

22. — Vi sono però delle riserve, particolarmente da parte del Grützmann e del Windscheid (11) per l' ipotesi di speranza da parte del debitore di eliminare l' insolvenza.

Si adduce principalmente un passo di Gaio, relativo alle manomissioni.

D. 40. 9. 10: In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel/ qui/ datis libertatibus desiturus est solvendo esse./ Saepe enim facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Quod frequenter accidit his, qui transmarinas negotiationes et aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, per servos atque libertos exercent: quod saepe, adtritis istis negotiationibus longo tempore id ignorant et manumittendo sine fraudis consilio indulgent servis suis libertatem./

Il passo è inserito in parte anche nelle Istituzioni giustinianee. Inst. I. 6. 3: In fraudem autem creditorum manumittere

(9) Comm. ad. Pand h. t. n. 14.

(10) Forti: *Trattati inediti di giurisprudenza in Opere* [2], III, p. 621.

(11) Op. cit., II, p. 787 nota 10 — Contra: Maierini, Giorgi, op. cit., p. 173 e n. 3, p. 212 — Solazzi, op. cit., p. 118.

videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit, solvendo non est: vel qui datis libertatibus, desiturus est solvendo esse. Praevaluisse tamen videtur nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit non impediri libertatem, quamvis bona eius creditoribus non sufficiant: saepe enim de facultatibus suis, amplius quam in his est, sperant homines.

Itaque intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores id est et consilio manumittentis, et ipsa re, eo quod eius bona non sunt suffectura creditoribus.

Entrambi i passi, con maggiore risalto nelle Istituzioni, che sostituiscono anche animus a consilium, rilevano come non basti l' insolvenza, ma occorra il consilium, per cui d'altronde è sufficiente la scienza dell' insolvenza, come si desume dall'esempio del manomittente ignaro dell' insolvenza sopraggiunta.

Non pare quindi che anche in diritto classico un elemento così problematico e fallace, quale la speranza del debitore, possa essere stato preso in considerazione: o non si verifica l' insolvenza ed allora, mancando l'eventus damni, i creditori o il curatore non potranno agire: o questa si verifica, in dipendenza sempre anche dell'atto fraudolento, ed allora le speranze del debitore non potranno aver valore per escludere la consapevolezza, e quindi la volontà, del danno dei creditori.

23. — Nei rapporti dell'acquirente a titolo oneroso occorre la partecipazione alla frode, che le fonti designano con varie espressioni: fraudem non ignorare (D. 42. 8. 1 pr.), sciente te (l. 10 pr. h. t.), te conscio et fraudem participante (l. 10. 2 h. t.), particeps fraudi (l. 10. 3 h. t.), fraudis conscientia (l. 10. 4 h. t.), sciente fraudari creditores (l. 14 h. t.), dolus malus in contrapposto alla buona fede (l. 9 h. t).

Tutte le suddette espressioni si equivalgono ed il concetto è anche qui nella conoscenza dell' insolvenza e quindi del danno dei creditori da parte dell'acquirente. Questi, se sa che il debitore si rende insolvente con l'alienazione, è in frode.

In contrapposto infatti le fonti avvertono che la sola conoscenza dell'esistenza di creditori non è sufficiente. Oltre la l. 10. 2 h. t. interpolata, come prova la sconcordanza: si scio... teneri

eum, troviamo nel fr. 6. 7 h. t. « sciens prudensque solvendo non esse » e nel fr. 10 h. t.: Alias autem qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat, simpliciter sine fraudis conscientia, non videtur hac actione teneri. La scienza dell' insolvenza poi sussiste per la diffida dei creditori: non enim caret fraude qui conventus testato perseverat (l. 10. 3 h. t.).

In tali sensi, se anche genuine, vanno interpretate le espressioni: scire debitorem fraudandi cepisse consilium (D. 42. 8. 25. 3) e consilium fraudis participasse constare (D. 46. 3. 96 pr.).

È sufficiente la scienza dell' insolvenza in genere a prescindere dalla conoscenza dei singoli creditori. Se però si ha conoscenza del danno di un singolo creditore e questi è poi soddisfatto, manca nei rapporti degli altri la scientia fraudis: tanto si desume dal noto passo di Ulpiano 10. 8 h. t.

Per l'acquirente mediato, sempre nei negozi a titolo oneroso, vigono le stesse norme: se conosce l' insolvenza del debitore fraudator, è tenuto verso i creditori, se il suo dante causa sia a sua volta conscio della frode. Il principio si argomenta a contrario dal fr. 9 h. t., che riferisce l'opinione di Sabino, seguita da Paolo: Sed verior est Sabini sententia bona fide emptorem non teneri, quia dolus ei dumtaxat nocere debet, qui eum admisit, quemadmodum diximus non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit: is autem, qui dolo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur.

24. — Viene quindi in considerazione l' ipotesi dell'atto oneroso compiuto per mezzo di altri: procurator, filiusfamilias, tutor, curator e servus.

Anche qui il requisito subiettivo della scienza del rappresentato, cui appartiene l'atto, è richiesto, altrimenti questo risponde, come per gli acquirenti a titolo lucrativo e gli stessi credi dello sciens, per l' id quod pervenit, sempre che la scienza sia nel rappresentante.

D. 42. 8. 6. 12 (Ulp., 66 ad Ed.): Simili modo quaeritur, si servus ab eo qui solvendo non sit, ignorante domino, ipse sciens, rem acceperit, an dominus tenetur. Et ait Labeo hactenus eum teneri, ut restituat quod ad se pervenit aut dumtaxat de

peculio damnetur vel si quid in rem eius versum est. Eadem in filiofamilias probanda sunt. Sed si dominus scit, suo nomine convenietur.

L' ipotesi riguarda l'acquisto effettuato dal servo sciente, che come è noto acquistava al dominus, ignaro della frode: questi risponde per l'arricchimento, salve le azioni adiecticiae qualitatis de peculio e de in rem verso. Lo stesso è a dire per il filiusfamilias.

Se la scienza è nel dominus, questi risponde anche oltre l'arrichimento per l' intero.

Il principio è ribadito dal fr. 12 h. t. per il filiusfamilias e dal fr. 25. 3 h. t. per il procurator.

Venuleio (6 interd.): Si procurator, ignorante domino, cum sciret debitorem eius fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere, hac actione (hoc interdicto) ipse tenebitur non dominus.

Venuleio commentava l' interdetto, cui i compilatori hanno sostituito actio. Il principio è sempre quello esposto: il consilium fraudis del procurator non deve nuocere al dominus, il quale però è tenuto per l'arricchimento.

Per il pupillo il fr. 6. 10 h. t. in correlazione col successivo, perviene alle stesse conclusioni come ius receptum:

Si quid cum pupillo gestum sit in fraudem creditorum, Labeo ait omnimodo revocandum, si fraudati sunt creditores, quia pupilli ignorantia, quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus et ipsi lucrosa: eoque iure utimur.

Nel fr. 10. 5 h. t. del commento all' interdetto il principio è ripetuto: Ait Praetor « sciente te » id est eo qui convenientur hac actione (*hoc interdicto*). Quid ergo si forte tutor pupilli scit, ipse pupillus ignoravit? Videamus, an actioni (*interdicto*) locus sit, ut scientia tutoris noceat: idem et in curatore furiosi et adulescentis. Et putem hactenus istis nocere coscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit.

A diverse conclusioni si perverrebbe nell' ipotesi che sussistesse anche la scienza del paterfamilias o del minore dei XXV anni o del dominus negotii o servi. La questione non può porsi

per il pupillo, che non può essere fraudis capax, come anche il furioso, tranne lucidi intervalli.

Se l'atto è a titolo oneroso e vi è la buona fede del rappresentante e del rappresentato, l'azione non può competere.

Con tali principi (12) non hanno a che vedere i passi che regolano la responsabilità degli eredi, che rispondono in id quod pervenit, secondo la regola delle obbligazioni ex delicto.

Estraneo è anche il fr. 96 pr. di D. 46. 3: Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contingit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. Sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabitur.

Qui vi è una frode in danno del pupillo. Il tutore paga un debito proprio, delegando un debitore del pupillo. Si chiede se il creditore del tutore sia tenuto e si risponde negativamente, salvo l'azione fraudatoria nel caso di frode d'accordo col tutore.

In effetti la delegazione di pagamento del tutore per un credito del pupillo è valida e il debitore del pupillo è liberato (13). Il creditore del tutore invece riceve denaro non del suo debitore. Se ciò fa in buona fede, trattandosi di atto a titolo oneroso, è liberato, salva la responsabilità del tutore verso il pupillo, da far valere con l'actio rationibus distrahendis o con l'actio tutelae directa: altrimenti, se cioè è in frode, è tenuto.

25. — Oltre l'elemento subiettivo della frode, occorre l'elemento obiettivo del danno dei creditori, estremo che le fonti indicano con l'espressione « eventus damni »: si eventum fraus habuit (D. 42. 8. 10. 1).

Anche qui la classicità del termine tradizionale è posta in dubbio (Schulz, Beseler, Solazzi), sebbene esso ricorra in molti passi: D. 42. 8. 10. 1; l. 15 h. t.; 4. 4. 11. 4; 40. 5. 4. 19; 50. 17. 79 e C. 7. 11. 1.

Il danno consiste nell' insolvibilità del debitore, derivata o

---

(12) Cfr. Dernburg: op. cit., p. 629; Maierinig op. cit., p. 180 segg.; Giorgi: ivi note p. 222. Cons. anche Solazzi: op. cit., p. 133 e 137.

(13) Per il Beseler il passo è interpolato. Contra Solazzi: op. cit., p. 89.

aggravata dall'atto, onde i creditori non potrebbero conseguire quanto è loro dovuto.

Il nesso di causalità tra l'atto e l' insolvenza esclude quindi la revoca nell' ipotesi di insolvenza sopraggiunta per cause estranee all'atto in frode.

Nella procedura classica, spettando l'azione anche al curator bonorum, non occorreva che si fosse espletata la bonorum venditio. In effetti revocandosi le alienazioni in frode, i beni ricuperati venivano compresi nella lex venditionis e aggiudicati al bonorum emptor, tranne che i creditori avessero receduto dalla procedura. Il danno quindi era per così dire presunto in base alla missio in bona e valutato nella concessione dell'azione. L' interdetto invece competeva ai creditori, esperita la bonorum venditio.

L'azione revocatoria giustinianea, unificando i due rimedi classici, seguì quest'ultimo principio, onde l'azione, sia nei rapporti del curator bonis distrahendis che, di regola, dei creditori, non compete se non esperita la bonorum distractio, come attestano C. 7. 75. 1 e 5.

Per altro, seguendo il Windscheid (14), è a ritenere che anche prima i creditori, come pure in diritto classico, potessero promuovere l'azione quando fosse certo il danno: si pensi all'alienazione di tutti i beni, di cui a D. 42. 8. 17.

I creditori debbono essere anteriori all'atto impugnato; però sempre che uno solo ne resti, a parte l'eccezione giustinianea della surroga dei creditori posteriori, già esaminata, l'azione è legittimata (D. 42. 8. 10. 6 e 8), trattandosi di azione, come diremmo oggi, di massa, che giova a tutti i creditori (15).

Altro principio, derivato dalla natura penale dell'azione, è quello dell' identità del patrimonio del fraudator, posto dalla formula dell' interdetto « in bonis quibus, de/ ea re/ agitur » e dal fr. 10. 9 del commento: (Ulp. 73 ad Ed.): Si fraudator heredem habuit et heredis bona venierint, non est in bonis quibus de agitur factum et ideo cessat haec actio.

(14) Op. cit., p. 792 in nota (25).
(15) Cons. SOLAZZI: op. cit., p. 162 e 208.

Il Grützmann ritiene il principio relativo solo all' interdetto in base a considerazioni storico-processuali della procedura interdittale. Ma predomina l'opinione che esso si applicasse anche all'azione (Huschke, Zürcher, Windscheid, Maierini, Solazzi).

Tuttavia per equità fu dato l' interdetto, come anche l'azione, utile ai creditori del defunto nel caso di separazione del patrimonio, pur vendendosi i beni sotto il nome dell'erede (16); così pure contro l'heres necessarius, qualora i creditori non lo avessero anche tacitamente accettato come erede, poichè i beni si vendevano anche sotto il nome di lui: come anche per le alienazioni in frode del patrimonio ereditario compiute dall'heres suus, che avesse ottenuto la restitutio in integrum nel beneficium abstinendi, vendendosi i beni in tal caso sotto il nome del de cuius (l. 10. 10-11 h. t.).

(16) Cfr. MAIERINI: op. cit., p. 390 e SOLAZZI: op. cit., p. 148.

CAPITOLO VI.

L'azione utile scientiae mentione detracta

26. Azione e interdetto utili. Principio di diritto naturale ed elaborazione giurisprudenziale per gli acquisti a titolo lucrativo. — 27. Classicità dell'espressione. Estensione della categoria degli atti. Opinione restrittiva. Donazione. Legati. Dote. Derelictio. Negozi remissori. Pagamenti: teoria della gratificazione: pagamenti di debiti sotto condizione sospensiva, anticipati o per obbligazioni naturali. Estinzione dell'usufrutto e della servitù. Comportamento processuale in frode dei creditori: confessio in iure, contumacia, perenzione. — 28. Azione contro gli eredi dello sciens. Diversità di scienza tra rappresentante e rappresentato nei negozi a titolo oneroso. Azione contro il pupillo. — 29. Alienazioni ex causa lucrativa in frode di creditori anche a titolo gratuito. Azione oltreannale di arricchimento: contro il fraudator e l' inscius fraudis: contro gli eredi. Acquirenti mediati a titolo gratuito. — 30. Effetti dell'azione. — 31. Atti in frode del Fisco.

26. — Nella formula interdittale il Pretore dichiarava di concedere l' interdetto (actio in factum, sostituita a « interdicam ») « causa cognita et si scientia non sit ».

L' interdetto utile però non era il solo mezzo esperibile contro l' inscius fraudis, perchè, come si è rilevato (1), anche dal commento all'azione di D. 42. 8. 1 pr. risulta che questa veniva concessa utiliter per l'arricchimento « in hos tamen qui liberalitatem acceperunt » (D. 42. 8. 3. 1 e l. 6. 11 e 13 h. t.).

L'Arangio-Ruiz ritiene che ciò avvenisse in casi particolarmente gravi, ma la restrizione non appare fondata (2).

Anzi la teoria dei negozi a titolo oneroso o gratuito fu svi-

---

(1) Cap. I, n. 4.
(2) *Istituz.* 3, p. 142.

luppata, come nota il Riccobono (3), proprio in relazione alla revoca.

Nell' Editto non era fatta menzione degli acquisti ex causa lucrativa; la riserva della « causae cognitio » permetteva quindi la valutazione dei motivi di equità, che consigliavano di accordare o negare l'azione. L'elaborazione pertanto della categoria degli atti a titolo di liberalità agli effetti di esigere il solo consilium fraudis del debitore fu tutta giurisprudenziale e fondata sul principio che tra i debitori frodati, i quali « certant de damno vitando », e gli acquirenti a titolo di liberalità, che invece «certant de lucro captando», dovessero essere preferiti i primi. In effetti era ritenuto principio di diritto naturale che nessuno dovesse arricchirsi a danno altrui:

D. 50. 17. 206: Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.

Del fondamento dell'azione « ex iniusta locupletatione » fu fatta quindi applicazione alla revoca degli atti in frode: nec videtur iniuria adfici is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur (D. 42. 8. 6. 11): iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit (l. 10. 24 h. t.).

27. — In C. 7. 75. 5 trovasi ripetuto che con l'azione in fatto si era provveduto ai creditori anche « contra eum qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta ».

La classicità dell'espressione « ex lucrativo titulo » negata dal Di Marzo, è riaffermata dall'opinione dominante (Beseler, Schulz, Scialoia, Solazzi).

La categoria però degli atti relativi va oltre i soli atti di donazione, opinione restrittiva seguita da Francke, Meischeider, Otto, e comprende gli acquisti senza corrispettivo, quali, oltre i legati, la dote nei rapporti della dotata, l'occupazione della res derelicta, l'estinzione dell'usufrutto e della servitù per non usus, il pagamento anticipato, la fraudolenta confessio in iure e il

(3) *Corso*, II, p. 157. Così anche il Bonfante: *Istituz.* [9], p. 509 nota.

comportamento processuale fraudolento a vantaggio dell'altra parte, la remissione del debito; la rinunzia al pegno.

In tutti questi atti, come dicono le fonti, l'altra parte si procura un acquisto senza corrispettivo, quasi ex donatione, che è il negozio tipico a titolo gratuito.

Va richiamato qui il concetto, in diritto classico, della donazione, che non era un particolare negozio, ma una causa generale di acquisto, che si attuava in vari negozi giuridici, come, seguendo l' insegnamento del Puchta e del Savigny, si rileva con l'Ascoli dal Perozzi (4), dal De Ruggiero (5) e dall'Arangio-Ruiz (6). Il concetto moderno di negozio solenne, a parte le eccezioni, risale alle disposizioni limitative con l' istituto dell' insinuazione, prescritto da Costanzo Cloro (306 d. Cr.) e confermato da Giustiniano per le donazioni eccedenti cinquecento solidi, con nullità per la parte eccedente tale ammontare.

In effetti questi atti per il comportamento fraudolento del debitore rappresentano forme di donazione indiretta. Così l'occupazione della res derelicta è un modo di acquisto originario, che conduceva per diritto classico alla proprietà ex iure quiritium per le res nec mancipi e alla proprietà pretoria per le res mancipi, convertibile nel dominio quiritario mediante l'usucapione pro derelicto, secondo l'avviso del Leist e del Bonfante, seguito dal Ferrini (7). Ma il fraudator poteva abbandonare la cosa appunto per farla occupare da un altro ed in ciò è una forma di alienazione (da « alienum facere ») gratuita (8), compresa nella revoca (D. 42. 8. 5).

Lo stesso è a dire dei negozi remissori, della inattività del creditore fraudator a fine liberatorio dei suoi debitori e della rinunzia al pegno (l. 3. 1. 2 e 10. 22. 23 h. t.).

L'acceptilatio per la sua natura formale e solenne aveva anche carattere remissorio, quale « imaginaria solutio »: fatta al

(4) *Istituz.*, II, p. 582.
(5) *Istituz. dir. civ.* [6], III, p. 432.
(6) *Istituz.* [3], p. 356. Così anche il Bonfante: *Istituz.* [9], p. 512.
(7) Op. cit., p. 354 - Contra cons. Pacchioni, op. cit., II, p. 381; cfr. D. 41. 7. 8 e 45.3. 36 per la derelictio del servo.
(8) Cfr.: D. 41. 7. 5. 1.

fideiussore o al debitore, entrambi erano liberati. Per l'acceptilatio in frode fatta al fideiussore insolvibile rispondeva il debitore anche inscius e così pure per i debitori solidali, se l'acceptilatio fosse avvenuta con alcuno di essi, essendo tutti liberati (l. 25 pr. h.t.).

Una teoria dominante nel secolo scorso, sostenuta dalla dottrina pandettistica più antica, riteneva revocabili i pagamenti avvenuti anteriormente alla missio in bona, quando il debitore avesse pagato l'uno anzi che l'altro dei creditori per favorirlo a danno degli altri: dall'espressione delle fonti tale teoria fu detta della gratificazione (gratificationstheorie).

Essa si fondava specialmente su un passo di Scevola (fr. 24 h. t.), nel quale, nella prima parte, il giureconsulto si pone il quesito della revocabilità o meno alla portio del pagamento effettuato dal pupillo heres suus poi astenutosi a un solo creditore ereditario e distingue se questi abbia ricevuto « per gratificationem an non ». Ma nella seconda parte del passo è negata la revocabilità del pagamento effettuato dal debitore prima della missio in bona senza distinzioni, seguendosi il principio favorevole ai creditori: « ius civile vigilantibus scriptum est » conformemente all'opinione di Giuliano e di Ulpiano, espressa nei frammenti 6. 7 e 10. 16 h. t., mentre non è dubbio che i pagamenti effettuati dopo la missio in bona fossero revocabili alla percentuale spettante, essendovi già la par condicio omnium creditorum.

Contro tale teoria segnatamente il Francke negò che i passi potessero riferirsi alla revoca, seguito in ciò dall'opinione della maggior parte dei romanisti, i quali seguono la regola classica e giustinianea della non revocabilità dei pagamenti anteriori al concorso. Il Solazzi per altro ritiene che in diritto giustinianeo i pagamenti di debiti scaduti fossero revocabili, con la prova del consilium fraudis e della scienza da parte del debitore, eccettuato il caso del pagamento coatto a seguito di condanna giudiziaria (9). È revocabile il pagamento dei debiti sotto condizione sospensiva, salvo il concorso ove questa si avveri.

Per il pagamento anticipato la liberalità consiste nel « com-

(9) Op. cit., p. 278. Così anche il BONFANTE: *Istituz.* [9], p. 510 nota.

modum medii temporis » e quindi si revocava l' interusurium, cioè l'ammontare degl' interessi per il tempo dell'anticipazione (l. 10. 12 e 17. 2 h. t.), « nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri ».

La tesi del Francke, contradetta particolarmente dallo Schönemann, che per i pagamenti anticipati di crediti scadenti dopo la missio in bona fosse revocabile l' intero vantaggio del creditore, è generalmente non accolta.

Per il pagamento delle obbligazioni naturali prevale l'opinione che essi non siano atti di liberalità ancorchè non vi sia azione e le argomentazioni contrarie di Francke, Zürcher, Serafini e anche con distinzioni del Fischer e del Bellavite, sono respinte dalla maggior parte della dottrina. Il Solazzi sospetta che non siano genuini D. 42. 8. 19 e 20, già citati.

L'usufrutto e le servitù (10) si estinguevano «non utendo» in un biennio nel diritto classico, essendo comprese tra le « ceterae res » delle XII Tavole (Tab. VI. 3) per quanto il Böcking riferisca il termine all'oggetto dell'uso e dell'usufrutto (11).

Il non usus fraudolento era quindi revocabile (l. 3. 1 cit.) trattandosi di alienazione, come la fraudolenta derelictio (12).

Infine la frode poteva derivare dal comportamento processuale del debitore.

La confessio nella procedura in iure rendeva inutile il giudizio e la sentenza: confessus pro iudicato est, quia quodammodo sua sententia damnatur (D. 42. 2. 1), mentre la confessione in iudicio dispensava dalla prova, ma non dalla sentenza. Ma la confessione poteva anche essere resa « quod in lite vinci voluit » e da ciò la revoca, ricordata per l'azione Fabiana (D. 38. 5. 1. 7), insieme con l' ipotesi dell'omissione dell'azione in termini, sempre per frode, eccettuate le azioni strettamente personali, quali anche le vindictam spirante.

(10) Cfr. Paul. Sent., I, 17. 1.

(11) *Istituz. di dir. civ. rom.*, II, 14. Così anche l'ARANGIO-RUIZ: *Istituz.*, p. 201 e 239. Per le servitù urbane, normalmente discontinue, occorreva però l'usucapio libertatis.

(12) Cons. FADDA e BENSA *in Note al Windscheid*, IV, p. 372.

Così pure la contumacia dell'attore importava assolutoria del convenuto dalla domanda e anche ciò poteva essere fatto in frode dei creditori (data opera ad iudicium non adfuit) a vantaggio dell'altra parte, come anche il lasciar perimere la lite (litem mori patiatur: fr. 3. 1 cit.), restando consumata l'azione. In tutti questi casi processuali la revoca aveva per effetto un ripristino della lite nei termini originari, poichè essi cagionavano un vantaggio nell'altra parte senza corrispettivo e quindi a titolo gratuito.

28. — L'actio utilis s. m. d. competeva anche contro gli eredi dello sciens. Come si è rilevato le obbligazioni ex delicto non passavano agli eredi, data la natura personale della pena, tranne che non si fosse già contestata la lite: si ammise quindi che gli eredi dovessero rispondere per l'arricchimento, come per gli acquirenti a titolo gratuito, in quanto per essi non si poteva parlare di scienza della frode e la sussistenza di essa nel loro dante causa, non rendeva, come in diritto odierno, trasmissibile l'azione.

Altra applicazione dell'actio utilis concerneva la diversità della scienza tra rappresentante e rappresentato nei negozi a titolo oneroso, già esaminata (13). Insistiamo, nonostante il diverso avviso tra gli altri del Maierini (14) e del Solazzi (15) nel ritenere, seguendo il Voet (16), col Giorgi (17) che la norma anche per il pupillo riguardasse i negozi a titolo oneroso e l' ipotesi della scienza del rappresentante, essendone ignaro il rappresentato. Anche per il pupillo infatti l' intervento del tutore rendeva l'atto valido e non è a pensare che al pupillo si fosse fatto un trattamento diverso in tal caso da quello normale: per gli acquisti a titolo gratuito il pupillo rispondeva, come i maggiori, per l'arricchimento.

---

(13) Cap. V, n. 24.
(14) Op. cit., p. 182.
(15) Op. cit., p. 123 e 138.
(16) Comm. ad. Pand., h. t. n. 8.
(17) In *Note al Maierini*, p. 222.

29. — Un'ipotesi particolare è formulata dal Maierini (18). L'azione può proporsi anche da creditori ex causa lucrativa contro acquirenti allo stesso titolo: nel contrasto chi sarà da preferirsi? Secondo l' illustre autore se il terzo sia inscius fraudis l'azione non compete, essendo « pari causa melior condicio possidentis ». Di contrario avviso è il Giorgi (19) ed a ragione: infatti il creditore anteriore, provati gli estremi del consilium fraudis del debitore e dell' insolvenza, non ha altro obbligo di prova verso gli acquirenti a titolo gratuito, che traggono profitto dalla frode del debitore. In conseguenza ogni distinzione è arbitraria e la ragione creditoria lucrativa dell'attore non osta all'azione.

Dal fr. 10. 24 di D. 42. 8 si desume che anche oltre l'anno era data l'azione per l'arricchimento sia contro il fraudator che contro lo sciens e qualsiasi altro, cui a titolo di arricchimento fossero pervenuti i beni alienati in frode e ciò in base al principio dell' ingiusta locupletazione.

L'azione contro il fraudator e i suoi eredi, a parte l' ipotesi in cui non fosse esperibile contro altri, come per le distruzioni o i danneggiamenti in frode, poteva avere qualche utilità anche per l' id quod pervenit: poteva avvenire che il fraudator ricuperasse i beni e da ciò non derivava che il pretore concedesse senz'altro una seconda bonorum venditio, come si può argomentare da D. 42. 3. 7.

È controverso se l'azione contro l' inscius fraudis acquirente a titolo gratuito e gli eredi fosse soggetta al termine annale o potesse promuoversi anche dopo, essendo l' inscius tenuto fin da principio per l'arricchimento. Contrario è il Solazzi (20) ma la maggior parte degli autori è per l'ammissibilità e a quelli citati (Reinhart, Otto, Grützmann) può aggiungersi il Windscheid(21). In effetti non pare che vi fossero limitazioni nella formula interdittale: « interdum causa cognita et si scientia non sit (interdicam) » e d'altronde se in base al fr. 10. 24 cit. l'azione poteva

(18) Op. cit., p. 13. Cons. anche: Butera, op. cit., p. 48 - Stolfi, op. cit., III, p. 359.
(19) In *Note al Maierini*, p. 45.
(20) Op. cit., p. 236.
(21) *Pandette*, II, § 463.

competere nei termini ordinari contro chiunque si fosse arricchito, come il donatario mediato, sarebbe stato contrastante permettere al donatario diretto « in lucro morari ».

Molto controversa è però l'estensione dell'azione contro l'acquirente mediato a titolo gratuito — dell'acquirente mediato a titolo oneroso, in buona o mala fede, già si è discorso (22) — in quanto l'argomento a contrario desunto dal fr. 9 h. t. cit. può apparire dubbio e mancano altri testi.

Tuttavia è a ritenere in base all'equiparazione, che si desume dallo stesso frammento, degli acquirenti mediati e immediati, che l'azione competesse anche contro l'acquirente mediato a titolo gratuito: infatti l'acquirente immediato poteva aver donato ad altri i beni, acquistati in mala fede o a titolo gratuito e in questi casi il terzo mediato veniva ad arricchirsi in danno dei creditori, onde anche in base al fr. 10. 24 non potrebbe negarsi la revoca.

Diverso è il caso invece che i beni siano usciti dal patrimonio del fraudator per un atto inattaccabile, come nel caso dell'acquirente a titolo oneroso in buona fede. In tale ipotesi se anche questi dona ad altri i beni, essi appartengono già in modo irrevocabile al suo patrimonio, non a quello del fraudator.

Alcuni, tra cui il Brezzo (23), in contrapposto all'opinione restrittiva sostenuta da Huschke e Windscheid, i quali negano l'azione contro tutti gli acquirenti mediati, ritengono che anche in tal caso l'acquisto gratuito sia revocabile. Ma è predominante l'opinione espressa (24).

30. — In tutti i casi nell'actio utilis s. m. d. si risponde dell'arricchimento esistente nel momento in cui si esperisce l'azione, non in quello del negozio, come sostiene lo Schönemann, o che si è dolosamente impedito: competit actio in id quod ad eum pervenit dolove malo eius factum est, quo minus perveniret »: l. 10. 24 h. t.

---

(22) Cap. V., n. 23.
(23) Op. cit., p. 145 segg.
(24) Cons. Maierini: op. cit., p. 314 - Solazzi: op. cit., p. 180.

31. — Per le alienazioni fatte in frode al fisco non si richiede la scienza dell'acquirente.

D. 49. 14. 45 pr. (Paul. 5 sent.): In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocumque modo res alienatae revocantur, idemque iuris est et si non quaeratur: aeque enim in omnibus fraus punitur.

Sono revocati i pagamenti e anche le rinunzie (D. 48. 2. 11. 1; 49. 14. 18. 10 e fr. 21; C. 7. 73 De privilegio fisci).

Ciò per diritto straordinario; è dubbio però se la regola si applicasse anche in diritto classico, perchè per i pagamenti Marciano riferisce l'opinione di Papiniano, che esigeva la scienza del creditore nel momento del pagamento o almeno « antequam consumeret pecuniam » dell'essere il suo debitore anche debitore del fisco, per quanto fosse prevalsa però l'opinione contraria.

CAPITOLO VII.

Ragione creditoria

32. — Comunemente si afferma che l'azione pauliana spetta ai soli creditori anteriori all'atto impugnato, tranne che essi siano stati pagati con denaro di creditori posteriori, nel qual caso l'azione per principio giustinianeo compete anche a costoro. Nelle fonti infatti si fa distinzione tra creditori anteriori frodati e posteriori, che il debitore « fraudare noluit », come già si è rilevato (1).

Infatti, se il patrimonio è garenzia dei creditori, è ovvio che i creditori posteriori trovano i beni alienati già fuori del patrimonio su cui possono esperire le loro ragioni: d'altronde per gli estremi richiesti del consilium fraudis e dell'eventus damni la frode non può dirigersi contro creditori futuri nè costoro possono ritenersi danneggiati. Il principio in via generale forse può anche non essere esatto, perchè l' insolvenza potrebbe essere precostituita fraudolentemente, nell' ipotesi di chi si rende insolvente per contrarre obbligazioni, col proposito di non adempierle; ma in tal caso i creditori debbono imputare a loro danno di non aver accertato le condizioni del patrimonio del loro debitore.

Per altro il presupposto dell'anteriorità del credito va precisato nel senso che occorre l'anteriorità della ragione creditoria

(1) D. 42. 8. 10. 1, cit. V. Cap. V n. 20.

cioè della causa del credito, ancorchè questo non sia accertato o non sia liquido o sia condizionato: il principio è indiscusso nel nostro diritto ed anzi vi è tendenza ad estenderlo per la ragione creditoria, che sorga in base allo stesso atto fraudolento in diretta, prevedibile e certa dipendenza da questo, quando nella mente del debitore vi sia il fine di eludere con la frode l'adempimento dell'obbligazione.

Nelle fonti mancano testi precisi in proposito; per altro può ritenersi che il principio dell'anteriorità della ragione creditoria fosse del pari seguito anche in diritto classico, a prescindere dalla determinazione e liquidità del credito. Infatti in C. Th. 2. 16. 1 è dato al pupillo l' interdetto per le alienazioni del tutore « in fraudem tutelae » mentre il rendiconto, come anche l'actio tutelae, competeva a tutela cessata, onde il credito del pupillo veniva accertato posteriormente al suo sorgere.

A prescindere da ciò, per la stessa etimologia di « creditor » da « credere » e quindi in origine da rapporti di mutuo (2) — pecunia credita — come dai riferimenti di Gaio: D. 44. 7. 5. 3: Is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus — e di Ulpiano: D. 27. 3. 9. 4: In qua autem desinit tutor et iterum coepit esse, sic ex pristina administratione tutelae debitor est pupillo, quomodo si pecuniam creditam a patre eius accepisset. — vi è, come dice il Dernburg (3), in ogni obbligazione un accreditamento volontario o involontario cioè l'aspettazione di un adempimento futuro.

Per la qualità di creditore quindi è sufficiente la ragione creditoria, che può essere anche condizionale. Ciò risulta dalle molte definizioni di D. 50. 16 (V. S.) e in particolare dalle note definizioni di Ulpiano e di Gaio:

L. 10 (Ulp. 6 ad ed.): Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione.

(2) Cons. Brini: op. cit., p. 9.
(3) Op. cit., II, p. 3.

Quod si natura debeatur non sunt loco creditorum. /Sed et si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur./

L. 11 (Gai. ad ed. prov.): Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur.

Nelle obbligazioni ex delicto tipicamente si dimostra l'anteriorità della ragione creditoria, in quanto occorrerà accertare la responsabilità e l'ammontare del danno anche ai fini della pena privata per precisare il credito ed intanto potranno essere avvenute alienazioni fraudolente.

Ulpiano ritiene in tal caso che l'avente diritto possa essere considerato creditore: Sed et si ex delicto debeatur, mihi videtur posse creditoris loco accipi (l. 12 pr. h. t.).

33. — Intesa in tali sensi l'anteriorità della ragione creditoria, è a rilevare che l'azione non spetta però a tutti i creditori.

Per i creditori pignoratizi o ipotecari è prevalente l'opinione che essi, come tali, fossero esclusi dalla missio in bona e quindi dalla ripartizione dell'attivo. Infatti, essendo il loro diritto già garentito dal pegno o dall' ipoteca, sarebbe mancato in ogni caso l'estremo del danno. Se tuttavia fossero rimasti incapienti in tutto o in parte, nessun dubbio sul loro diritto di agire, ma in tal caso essi agivano come ordinari creditori chirografari.

Dai sostenitori dell'opinione contraria, che risale anche al Voet (Huschke, Schey, Serafini E., Brezzo, Maierini, Giorgi) si adduce tra l'altro che non vi era distinzione nell' Editto e che dalla insufficienza dei beni pignorati o dalla difficoltà di escussione dei beni ipotecati, ad esempio se siti in luoghi lontani, poteva emergere il pregiudizio onde legittimare l'azione. Ma non sembra che tali ragioni trovino fondamento nelle fonti e autorizzino il concetto ampio dell' insolvenza relativa.

Anche nel concordato ereditario nelle eredità oberate, onde l'erede pattuiva « ante aditam hereditatem » con la maggioranza dei creditori del defunto (4) « ut minus solvatur », i diritti del creditore munito di garenzie rimanevano impregiudicati, a meno che non avesse preferito aderire al concordato.

(4) Cfr. D. 2. 14. 8-9.

D. 2. 14. 10 pr. (Ulp. 4 ad ed.): Haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.

In D. 17. 1. 57. 1 (Paul. 4 quaest.) si fa l' ipotesi di un mandato qualificato, costituente garanzia, nei rapporti fra mandator e creditore analoga alla fideiussione. Morto il debitore l'erede pattuisce « ut minus solvatur ». Si domanda se il patto possa eccepirsi dal mandator e si distingue se il creditore sia stato presente o assente nell'adunanza dei creditori:

Respondi: si praesens apud praetorem ipse (creditor) quoque consensisset, pactus videtur iusta ex causa eaque exceptio et fideiussori danda esset et mandatori. Sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem (sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris.

Come eccezione invece nella deliberazione della moratoria — quinquennale spatium indulgere — concessa da Giustiniano, i creditori ipotecari sono equiparati agli altri (C. 7. 71. 8).

34. — Per i creditori condizionali o a termine si perviene però a diverse conclusioni.

Che essi fossero esclusi dalla missio in bona contro chi « fraudationis causa latitat » risulta da due passi, per altro verso, cioè per la concessione dell'actio de peculio e della missio in bona nel caso che nel peculio nulla vi fosse (5), discordanti.

D. 15. 1. 50 pr. (Papin. 9 quast.): Nam et si in diem vel sub condicione debeatur, fraudationis causa non videtur latitare.

D. 42. 4. 7. 14 (Ulp. 59 ad ed.): Si in diem vel sub condicione debitor latitet, antequam dies vel condicio veniat, non possunt bona eius venire: quid enim interest, debitor quis non sit an nondum conveniri potest?

Per gli altri casi di missio in possessionem troviamo però due passi discordanti di Paolo.

D. 42. 4. 6 pr.: In possessionem mitti solet creditor et si sub condicione ei pecunia promissa sit.

L. 14. 2 h. t.: Creditor autem condicionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere.

(5) La questione si riconnette alle controversie tra Sabiniani e Proculeiani: cfr. D. 15. 1. 30 pr.

Che il creditore condizionale o a termine non potesse far vendere i beni del debitore, prima che il suo credito fosse perfetto, è ovvio.

La questione però concerne un esame diverso: se cioè il creditore potesse ottenere la missio a fini cautelari o almeno esperire l'azione per ottenere una cautio.

In effetti in linea teorica il creditore sotto condizione o a termine non potrebbe agire e quindi ai fini della frode si potrebbe obiettare che non essendo certo il danno — poichè quando « dies vel condicio veniat » l' insolvenza potrebbe essere cessata — mancherebbe in ogni caso l'estremo dell'eventus damni.

Per altro la frode può agevolmente concepirsi anche in danno di un creditore condizionale o a termine: già nell'ultimo caso il credito è certo e solo ne è differita la scadenza; ma anche per il creditore condizionale non può escludersi che, essendo ad esempio probabile l'avverarsi della condizione, il debitore tenti di eludere l'adempimento dell'obbligazione con atti fraudolenti.

Circa l'eventus damni la considerazione astratta della possibile solvenza all'atto dell'avverarsi della condizione o alla scadenza del termine può essere contrastata da non frequenti ipotesi concrete: se l' insolvenza è già in atto, è molto problematico che possa cessare, specialmente se la scadenza del termine sia prossima o tale possa apparire anche il verificarsi eventuale della condizione.

La soluzione equitativa dovrebbe ammettere il creditore a richiedere una cautio per evitare che l'attesa possa tramutarsi in danno non riparabile.

Non mancano nelle fonti passi in proposito. Oltre D. 5. 1. 41; 5. 3. 16 pr.; 20 1. 13. 5, ha rilievo D. 9. 2. 40 (Ad legem Aquiliam), che permette al creditore condizionale di agire per la condanna, da valere a condizione verificatasi, qualora i testi del danno possano non esservi più al tempo del verificarsi della condizione.

Ai creditori ereditari ex die vel sub condicione era concesso di richiedere la separatio bonorum (D. 42. 6. 4. pr.).

Pertanto l'antinomia tra i citati passi di Paolo potrebbe eliminarsi, come sembrava allo Scialoia (6), nel senso di ritenere che la missio in bona potesse competere a fini cautelari.

Da ciò può ritenersi probabile che l'azione revocatoria competesse a tali creditori per gli stessi fini, in base al principio stabilito da D. 5. 1. 41:

Papinianus, 1. 3 quaestionum - In omnibus bonae fidei iudiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.

Analogamente i legatari sotto condizione o a termine, erano protetti dagli istituti pretorii della « cautio legatorum nomine » e della missio in possessionem « legatorum servandorum causa » la cui formula edittale è stata ricostruita dal Lenel (7).

È a ritenere inoltre che anche il creditore condizionale potesse esigere, verificatasi la condizione, la percentuale dal bonorum emptor, in quanto sembra che le obbligazioni condizionali per negozi inter vivos si trasmettessero agli eredi (8) e quindi anche al bonorum emptor, considerato come un successore universale, che « ficto se herede agit ».

---

(6) Op. cit., p. 162.

(7) Cfr. Riccobono: *Cors*, II, p. 140 e 189.

(8) Windscheid: op. cit., I, § 89 e n. 6 e 11 - Scialoia: op. cit., p. 159.

CAPITOLO VIII.

Atti revocabili

35. Presupposti generali. Contenuto patrimoniale. Volontarietà. Validità. Diminuzione del patrimonio. — 36. Omissione di acquisti: eredità, legati, liberalità in genere. Eredità fedecommissaria. Condizione potestativa. — 37. Eccezione a favore del fisco. — 38. Atti di diminuzione del patrimonio revocabili, in genere. — 39. Atti di alienazione propria. Acquisti a prezzo maggiore e vendite a prezzo minore del giusto. Vendite a giusto corrispettivo. Redhibitio. Diritto classico e giustinianeo. Altri negozi: donazione, donazione remuneratoria, costituzione di usufrutto, cessione dell'eredità, prestazione del legato, derelictio. — 40. Dote. Natura e revoca dell'atto: estremi nei rapporti del marito, della moglie. Diritto classico e giustinianeo. — 41. Atti di omissione. Estinzione dell'usufrutto e delle servitù. Prescrizione. Rinunzie. Rinunzia al pegno, al grado ipotecario, all'usufrutto, a crediti in genere. Negozi remissori: acceptilatio, pactum de non petendo. — 42. Assunzione di obbligazioni. Denegatio actionis ed exceptio fraudatorum creditorum. — 43. Costituzione di garanzie. Pegno. Ipoteca. Revocabilità. Accertamento della data dell' ipoteca. Ipoteca di maggiore efficacia. Revoca per frode. — 44. Adempimento di obbligazioni. Pagamenti anteriori alla missio in bona. Irrevocabilità. Pagamenti anticipati o sotto condizione sospensiva. Interusurium. Revoca. Adempimento di obbligazioni naturali. Proprie, improprie. Restituzione omissa ratione Falcidiae. Irrevocabilità. — 45. Datio in solutum. Revocabilità.

35. — Le fonti enunciano come regola che gli atti del debitore soggetti alla revoca sono esclusivamente quelli di diminuzione del patrimonio e non già anche le omissioni di acquisti. Gli atti revocabili quindi devono essere relativi a diritti aventi contenuto patrimoniale: i diritti strettamente personali, come quelli relativi allo *status* (1), ancorchè aventi riflesso patrimoniale, sono esclusi dalla revoca e così pure quindi le azioni strettamente personali, quali anche quelle, che « ad ultionem per-

---

(1) Per l'emancipazione cfr. D. 42. 8. 6. 3.